Die Vermögensverfügung des Getäuschten und das „Einverständnis" mit der Wegnahme — Ein Beitrag zur Abgrenzung der Vermögensdelikte

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Günter Merkel

aus Medelby, Kreis Flensburg

Göttingen, 1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534919_0068

Die Vermögensverfügung des Getäuschten und das „Einverständnis" mit der Wegnahme — Ein Beitrag zur Abgrenzung der Vermögensdelikte

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Günter Merkel

aus Medelby, Kreis Flensburg

Göttingen, 1973

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. Roxin
Mitberichterstatter: Universitätsdozent Dr. Miehe
Tag der mündlichen Prüfung: 21. Februar 1973

Literaturverzeichnis

Ahrens	Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund, 1909, Berlin, Str.Abh.,Heft 101;
Albers	Das Problem der Einwilligung des Verletzten, Dissertation, Köln, 1935;
Alsen	Die Bedeutung der Einwilligung bei der Körperverletzung, Dissertation, Köln, 1933;
Arndt	Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, 1929,Breslau,Str.Abh., Heft 268;
Ball	Der Sicherungsbetrug, Dissertation, München, 1963;
Bar, v.	GS 40/S. 481 f.: Zweifelhafte Betrugsfälle, insbesondere untersagte Benutzung von Eisenbahnretourbillets;
	Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd.III, C,: Die Einwilligung des Verletzten, 1909, Berlin;
Baumann	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld, 1968;
	JZ 1962/S. 41 f.: Schuld und Verantwortung;
Beling	GS 101/S. 1 f.: Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre;
Binding	Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. 1, 2. Auflage, Leipzig, 1902;
	Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig, 1885;
	Die Normen und ihre Übertretung, 2. Bd. -Schuld und Vorsatz, 2. Aufl., Leipzig, 1916;
Bittner	MDR 1970/S. 291 f.: Die Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Unterschlagung;
Bockelmann	Festschrift für Eduard Kohlrausch, S. 226 f.; Berlin, 1944; Der Unrechtsgehalt des Betruges in: Probleme der Strafrechtserneuerung;
	JZ 1952/S. 461 f.: Zum Begriff des Vermögensschadens;
	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, Besonderer Teil, Bonn, 1959;
Borst	JW 1935/S. 1221 f.: Der zukünftige Betrugsbegriff;
Braunsdorf	Der Getäuschte und der Geschädigte beim Betruge, Dissertation, Breslau, 1930;
Bruns	Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin, 1938;
Busch	Erpressung und Betrug, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 2, 1922;

Cordier	NJW 1961/S. 1340: Diebstahl und Betrug in Selbstbedienungsläden;
Creifelds	Wird bei einem Verstoß gegen die guten Sitten die Einwilligung im Strafrecht irrelevant?, 1929, Breslau, Str. Abh., Heft 206;
Dahm	bei Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht; Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Berlin, 1935;
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren, Berlin und München 1950;
Dreher	JR 1966/S. 29 f.: Anmerkung zu einem Urteil des OLG Stuttgart vom 14. 7.1965;
	GA 1969/S. 56 f.: Das Strafrecht hat seine eigene Methode;
	in Dreher-Maassen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München-Berlin, 1959;
Eckstein	GS 78/S. 135f.: Strafrechtliche Studien; Täuschung, Schädigung, Irrtum, Bereicherung und Absicht in ihren Wechselbeziehungen im Tatbestand des Betrugs;
	GA 58/S. 66 f.: Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrug;
Entholt	Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung, Dissertation, Göttingen 1951;
Entwurf 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962) mit Begründung;
Erich	GA 72/S. 333 f.: Betrug bei Krediteröffnungsgeschäften (Kreditbetrug) sowie bei der Versicherung und Rückversicherung;
Escher	Die Lehre vom strafbaren Betruge und der Fälschung, Zürich, 1840;
Eser	JuS 1964/S. 477: Zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl;
Feuerbach	Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 13. Auflage, Gießen, 1840;
Fey	Die Vermögensdelikte unter besonderer Berücksichtigung der §§ 242, 249, 253, 255, 263, StGB, 1952, München;
Fischer	Der Betrug auf dem schwarzen Markt; Recht und Zeit, Heft 5;
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen, 1931;
Fränkel	LM, § 242, Nr. 32: Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 6.10.1961;
Gallas	Festschrift für E. Schmidt, S. 401 f.: Der Betrug als Vermögensdelikt; Göttingen, 1961;
	ZAkDR 1940/S. 246 f.: Die Frage nach dem Verletzten beim Betrugsdelikt;

Geerds	Einwilligung und Einverständnis der Verletzten, Dissertation Kiel, 1953;
Geilen	JR 1963/S. 446 f.: Wegnahmebegriff und Diebstahlsvollendung;
Gerland	Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin-Leipzig, 1922; 2. Aufl., Berlin - Leipzig, 1922;
	Die Selbstverletzung eines Einwilligenden, in Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. II, Berlin, 1908, S. 487 f.
Gerland	GS 94/S. 177 f.: Das Hydrasystem;
Goldschmidt	GA 47/S. 348 f.: Aus der Lehre vom Diebstahl;
Goltdammer	Materialien zum preußischen Strafgesetzbuche II, S. 548;
Gribbohm	JuS 1964/S. 233 f.: Zur Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug;
	NJW 1967/S. 1897 f.: Gewahrsamsbruch und guter Glaube;
Gross	Der Raritätenbetrug, Berlin, 1901;
Grünhut	JW 1926/S. 1197 f.: Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 22.12.1925; JW 1926/S. 2296: Anmerkung zu den Entscheidungen des RG vom 11. 5. und 11. 3.1926;
Grünwald	JuS 1965/S. 311 f.: Der praktische Fall: "Der folgenschwere Rat";
Gutmann	MDR 1963/S. 3 f.: Der Vermögensschaden beim Betrug im Lichte der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung;
Haack	Die sogenannte Vermögensdisposition beim Betruge, Dissertation, Marburg 1929;
Habel	Das Verhältnis des Betrugs zu Diebstahl und Unterschlagung, Dissertation Breslau, 1913;
Hälschner	Das gemeine deutsche Strafrecht, II, Bd. 1, Bonn, 1884;
	GS 35/S. 161 f.: Der Zweikampf im Verhältnisse zu Tötung und Körperverletzung, Stuttgart, 1883;
Hardwig	GA 1956/S. 6 f.: Beiträge zur Lehre vom Betruge;
Hartung	NJW 1954/S. 1225 f.: Schlägermensur und Strafrecht;
Hegler	Der Betrug, in Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd.VII, Berlin, 1907, S. 405 f.;
	Die Systematik der Vermögensdelikte, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. IX, 1915/1916, 153 f., 278 f., 369 f.;
	ZStW 36/S. 20 f.: Die Merkmale des Verbrechens;
	AcP, Beilage zu Bd. 133/S. 216 f.: Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts;

Hellriegel	Versuch einer Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl, Dissertation, Heidelberg, 1951;
Henkel	ZAk DR 1939/S. 133 f.: Anmerkung zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 29. 9.1938;
Herberger	Die Abgrenzung des Betrugs vom Diebstahl vermittels Täuschung eines Dritten aufgrund des begrifflichen Gegensatzes der Delikte und die sich daraus ergebenden Folgen für die Lehre vom Diebstahl, Dissertation, Breslau,1918;
Hippel, v.	Lehrbuch des Strafrechts, Berlin, 1932;
Holer	Die Einwilligung des Verletzten, Dissertation, Zürich, 1906;
Holtzendorff	Die Vermögensdisposition als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Betruges, Dissertation, Marburg, 1930;
Honig	Straflose Vor- und Nachtat, Leipzig,1927;
	Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919; Berlin-Leipzig;
Jacobowitz	Vermögen, Vermögensbeschädigung und Vermögensdisposition beim Betrug, Dissertation, Münster, 1918;
Jecht	GA 1963/S. 41 f.: "Überhöhte" Preisforderung und Betrugstatbestand;
Kempermann	ZStW 57/S. 126 : Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges;
Keßler	Die Einwilligung des Verletzten, Berlin-Leipzig, 1884;
	GS 38/S. 561 f.: Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten;
Kitzinger	Juristische Aphorimen, Berlin-Grunewald, 1923;
Kohler	GA 56/S. 285 f.: Der deutsche und der österreichische Vorentwurf eines Strafgesetzbuches;
Köhler	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig, 1917;
Kohlhaas	LM, § 242, Nr. 35: Anmerkung zu BGHSt 18/S.221 f.;
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, 43. Aufl.,Berlin, 1961;
	Festschrift für Schlegelberger, S. 203 f.: Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung;
Köstlin	Abhandlungen aus dem Strafrecht, Tübingen, 1858;
Krieg	Strafbegründende - Strafausschließende Einwilligung, Dissertation, Tübingen, 1947;
Küttemann	Die mutmaßliche Einwilligung, Dissertation, Erlangen, 1932;
Leipziger Kommentar,	Strafgesetzbuch, 6./7. Aufl. 2. Bd. (§§ 153-370); Berlin,1950; 8. Aufl. 2. Bd.(§§ 153-370), Berlin,1958;

Lietzmann	Das Verhältnis des Betruges zu den Aneignungsdelikten der §§ 242, 246, Dissertation, Köln, 1930;
Lenckner	JZ 1966/S. 320 f.: Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 14. 7.1965;
v.Liszt-Schmidt	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin-Leipzig, 1927;
Lucas	Band 2 der Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 2. Aufl., 1907/1912;
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Bd. 2, München-Berlin, 1964;
Maurach	Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Karlsruhe, 5. Aufl., 1969;
	Fälle und Lösungen zum Strafrecht -Nach neuesten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe, 1968;
Mayer, H.	JZ 1962/S. 617: Zum Begriff der Wegnahme;
Meister	MDR 1947/S. 251 f.: Ein Beitrag zur Abgrenzung der Vermögensdelikte;
Merkel	Diebstahl und Unterschlagung, in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. III, Berlin, 1874;
	Die Lehre vom strafbaren Betrug, in Kriminalistische Abhandlungen, Teil 2, Berlin, 1867;
Metz	Abgrenzung und Verhältnis der Unterschlagung zu Betrug und Diebstahl, Dissertation, Köln, 1961;
Mezger	Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Auflage, München-Berlin, 1960;
Mezger-Blei	Besonderer Teil, 9. Aufl., München-Berlin, 1966;
	DR 1940/S. 1098 f.: Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 9. 4.1940;
	GS 89/S. 207 f.: Die subjektiven Unrechtselemente;
Micelli	Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht, in Str. Abh. Heft 72;
Mühlmann	Das Recht des Verletzten zur Einwilligung, Dissertation, Köln, 1938;
Nagler	ZAkDR 1941/S. 294: Bezugsscheine als Objekte von Vermögensverbrechen;
Nathan	Über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung des ärztlichen Wirkungskreises, in Str. Abh., Heft 206;
Nebelung	Das Zusammentreffen zwischen Betrug einerseits und Diebstahl, Unterschlagung und Erpressung andererseits, Dissertation, Berlin, 1952;
Naucke	Zur Lehre vom strafbaren Betrug, Kriminologische Forschungen, Bd. 3, Berlin, 1964;

Niederschriften	über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, Bd. 8, Besonderer Teil, Bonn, 1959;
Nöldecke	Die Begriffe des Gewahrsams und der Wegnahme beim Diebstahl, Bonn, 1964;
Olshausen	Strafgesetzbuch, 11. Aufl. (§§ 247 - 370), Berlin, 1927;
Otto	ZStW 79/S. 59 f.: Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen;
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Aufl., München, 1972;
Pomp	Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, Dissertation, Breslau, 1911;
Pröll	GA 63/S. 411 f.: Bettelbetrug und verwandte Fälle;
	GA 67/S. 109 f.: Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrug;
	JW 1928/S. 2235 f.: Anmerkung zu der Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. 4.1928;
Rimpau	Über die Strafbarkeit des Betruges bei mangelnder Identität des Getäuschten und des Geschädigten, Dissertation, Tübingen, 1892;
Rommel	Der Betrug, 1894;
Rosenfeld	Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. V, S. 385 f.;
Rotering	GS 35/S. 351 f.: Über den Gewahrsam im Sinne des § 242 des Strafgesetzbuches;
	GS 38/S. 290 f.: Gewahrsam, Befriedung und Mitgewahrsam der §§ 242, 246 des Strafgesetzbuches;
	GS 60/S. 241 f.: Betrug, Willenserschleichung usw.;
Roxin	JuS 1964/S. 53 f.: Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - BGHSt 7/363;
	Roxin/Schünemann, JuS 1969/S. 372 f.: Der praktische Fall, Strafrecht: Der falsche Kommilitone;
	Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., Hamburg, 1967;
Rozycki	Die Einwilligung im Reichsstrafgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe, Dissertation, Königsberg 1928;
Sauer	System des Strafrechts, Besonderer Teil, Köln - Berlin, 1954;
Schaffstein	ZAkDR 1938/S. 279 f.: Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 11. 1.1938;

Schlosky	Die Einwilligung des Verletzten in Begehung einer Straftat, 1943, Berlin, DStR 1943/S. 10 f.;
Schmidt, E.	Strafrechtspraktikum, 1946;
	JZ 1952/S. 542: Literaturbesprechung;
	JZ 1954/S. 369 f.: Schlägermensur und Strafrecht;
	in Niederschriften der großen Strafrechtskommission, Bd. 8, Besonderer Teil, Bonn 1959;
Schneider	Strafrechtliche Klausuren und Hausarbeiten, 3. Aufl., 1967;
Schober	Die Vermögensdisposition des Getäuschten beim Betruge, Dissertation, Greifswald, 1914;
Schraft	Die Vermögensverfügung des Getäuschten als Tatbestandsmerkmal des Betrugs, Dissertation, Freiburg, 1936;
Schröder	Schönke - Schröder, Strafgesetzbuch, 16. Aufl., München-Berlin, 1972;
	ZStW 60/S. 33 f.: Über die Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung;
	SJZ 1950/Sp. 94 f.: Zur Abgrenzung der Vermögensdelikte;
	NJW 1962/S. 721 f.: Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug;
Schünemann	GA 1969/S. 46 f.: Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft;
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch, 33. Aufl., München-Berlin, 1972;
Schrey	Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, 1928, Str. Abh. Heft 248;
Schütze	Lehrbuch des deutschen Strafrechts aufgrund des Reichsstrafgesetzbuches, 2. Aufl., Leipzig, 1874;
Schwinge	Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn, 1930;
Seifried	Vorsatz und Handlung des Betrügers, Dissertation, Heidelberg, 1906;
Siebert	Der strafrechtliche Besitzbegriff, besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1928, Str. Abh. Heft 349;
Temme	Die Lehre vom strafbaren Betruge nach preußischem Recht, Berlin, 1841;
Träger	GS 94/S. 112 f.: Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im künftigen Strafgesetz, 1927, Stuttgart;
Trapp	Die Vermögensdisposition bei Betrug und Erpressung, Dissertation, Heidelberg, 1952;
Wedekind	Über die Abgrenzung und das Verhältnis von Betrug und Unterschlagung, Dissertation, Hamburg, 1967;

Wedekind	NJW 1969/S. 1128 f.: Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Hamm vom 13.12.1968;
Weingart	Die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl -Gleichzeitig ein Beitrag zur Abgrenzung zu dem Begriff der Vermögensdisposition im Strafrecht, Dissertation Erlangen, 1951;
Welzel	Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., Berlin 1960; 11. Aufl., Berlin 1969;
	JZ 1952/S. 617 f.: Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz "nulla poena sine lege"?
	GA 1960/S. 257 f.: Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden;
	GA 1961/S. 348 f.: Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 10. 5.1961;
Wimmer	NJW 1947/1948/S. 241 f.: Die listige Sachverschaffung auf dem schwarzen Markt;
	NJW 1962/S. 609 f.: Diebstahl mittels Verbergens;

Seite

Disposition

Einleitung - 1 -

1. Kapitel

Betrug und Diebstahl

§ 1 Der Betrug

A. Die Tatbestandsmerkmale des Betrugs

I. Die Vermögensverfügung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal - 2 -

II. Die sogenannte Irrtumsrelevanz - 4 -

B. Das Wesen des Betrugs - 8 -

C. Historische Entwicklung des Betrugs - 10 -

§ 2 Der Diebstahl

A. Die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls - 12 -

- die Wegnahme als Tatbestandsmerkmal und das Einverständnis mit der Wegnahme als negatives Tatbestandsmerkmal

B. Das Wesen des Diebstahls - 14 -

C. Historische Entwicklung des Diebstahls - 16 -

2. Kapitel

Betrug und Diebstahl im Zweierverhältnis

§ 1 Der Sachbetrug

A. Die Vermögensverfügung

I. Objektive Voraussetzungen für eine Vermögensverfügung

1. Stellung des Verfügenden

a. Der Gewahrsamsbegriff

aa. Die faktische Beziehung als Essentiale des Gewahrsamsbegriffs - 18 -

Lösungsvorschlag - 21 -

bb. Der Herrschaftswille als Essentiale des Gewahrsamsbegriffs - 23 -

b. Der Gewahrsam als Vermögensobjekt - 28 -
2. Das äußere Verhalten des Verfügenden
a. Die einzelnen Verhaltensformen - 30 -
b. Die Relevanz des physischen Verschaffungsakts - 32 -
II. Subjektive Voraussetzungen für eine Vermögensverfügung
1. Ableitung des Willenselements - 33 -
2. Inhalt des Willenselements
a. Die Rechtsgeschäftstheorie - 34 -
b. Der Gegenstand des Willens - bewußte und unbewußte Vermögensverfügungen - 37 -
aa. Die Einwilligungstheorien
aaa. Die sog. Erfolgstheorie - 39 -
bbb. Die Handlungstheorie - 40 -
ccc. Die Mittelmeinung
bb. Die verschiedenen Ansichten bezüglich der kognitiven Voraussetzungen für den Verfügungsbegriff - 41 -
cc. Lösungsvorschlag - 48 -
c. Die Form des Willens - 54 -
d. Die Willensfähigkeit des Getäuschten - 56 -
III. Die Kausalität - ein Bestandteil der Verfügung? - 59 -
B. Die Gewahrsamslockerung als Vermögensschaden - 62 -
Lösungsvorschlag - 65 -
C. Der Ursachenzusammenhang zwischen der Vermögensverfügung und dem Vermögensschaden
I. Meinungsstreit - 66 -
II. Lösungsvorschlag - 69 -
§ 2 Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl
I. in Literatur und Rechtsprechung
II. Lösungsweg - und Lösungsvorschlag: Die "Rumpfgewahrsamskonzeption"

Seite

1. Die Relevanz der Täuschungshandlung auf den Wegnahmeausschluß - 71 -

2. Die Bedeutung des "Rumpfgewahrsams" - 73 -

III. Das Zweierverhältnis in Beispielen - Konsequenzen der "Rumpfgewahrsamstheorie"

1. Die Entwendung einer Sache mittels Täuschung

a. Die Entwendung einer auf dem Schwarzmarkt überlassenen Sache - 75 -

b. Die "beabsichtigte Überlassung" - 78 -

c. Die "kurzfristige Überlassung"

aa. aufgrund einer Täuschung an den Täter

aaa. zur Probe - 81 -

bbb. zum Zwecke der Besichtigung - 82 -

(1) Die im Geschäftsraum in die Hand des Kunden gegebene Ware - 84 -

(2) Die Entwendung einer vor der Ladentür "besichtigten" Ware - 85 -

ccc. zur Obhut - 87 -

ddd. zum Kontrollieren - 88 -

2. Die Übergabe einer Sache an eine zunächst redliche Person

a. wobei der spätere Täter sofort Gewahrsam begründet - 9o -

b. wobei der spätere Täter keinen Gewahrsam begründet - 93 -

3. Die "beobachtete Entwendung" - 94 -

4. Die vorgetäuschte Beschlagnahme - das Erfordernis einer weiteren Konkretisierung des Willenselements - 1oo -

a. Meinungsstreit - 1o1 -

b. Diskussion der Argumente pro und contra - 1o5 -

c. Lösungsweg und Lösungsvorschlag - 1o8 -

§ 3 Der Forderungsbetrug - 118 -

Lösungsvorschlag - 119 -

3. Kapitel

Betrug und Diebstahl im Dreiecksverhältnis

I. Objektive Voraussetzungen für eine Vermögensverfügung im Dreiecksverhältnis

1. Identität zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten? - 124 -

2. Die Stellung des Getäuschten im Dreiecksverhältnis

a. Das Erfordernis einer zivilrechtlichen Befugnis - 126 -

b. Die "faktische Einwirkungsmöglichkeit"

aa. Die Grenzen der "faktischen Einwirkungsmöglichkeit heute in Literatur und Rechtsprechung und das Konkurrenzverhältnis von Betrug und Diebstahl im Dreiecksverhältnis - 141 -

bb. Lösungsweg und Lösungsvorschlag: "Die Vertretung im Rumpfgewahrsam" - 148 -

II. Subjektive Voraussetzungen in der

1. Person des Getäuschten - 154 -

2. Person des Vermögensträgers - 155 -

III. Konsequenzen - 155 -

IV. Das Dreiecksverhältnis in Beispielen

1. Entwendung mittels Täuschungshandlungen

a. wenn der Vermögensträger eine entsprechende Transaktion schon ein oder mehrere Male geduldet hatte - 156 -

b. wenn keine gleichgeartete Transaktion vorausgegangen war - 160 -

2. Entwendungen ohne Täuschungshandlungen - 168 -

3. Entwendungen mit Hilfe eines Finders - 169 -

4. Entwendungen trotz Beobachtung durch "Schutzpersonen" - 174 -

4. Kapitel

Schlußergebnisse

§ 1 für den Sachbetrug - 176 -

§ 2 für den Forderungsbetrug - 178 -

Einleitung

Für eine Vielzahl von Vorschriften und Tatbeständen wird von Personen eine bestimmte Vorstellungsbildung verlangt. So muß beispielsweise ein Täter in der Mehrzahl der Delikte, um sich strafbar zu machen, vorsätzlich, das heißt mit Wissen und Wollen handeln. Das jeweilige Opfer wiederum kann in die von dem Täter beabsichtigte Rechtsgutverletzung "einwilligen". Von unter Umständen nur dem Wortlaut nach übereinstimmenden Begriffen sollen mannigfache, teilweise grundsätzlich verschiedene Sachverhalte erfaßt werden. Um die Eigenart des jeweiligen Willenselements für jedermann klar und unmißverständlich zu charakterisieren, hätte der Gesetzgeber seinen Gesetzen lange Kommentierungen beigeben müssen. Daß dieses unterblieb, besagt keineswegs, daß a priori von einem für sämtliche Rechtsgebiete, ja nicht einmal, daß von einem für alle Normen einer Rechtsordnung einheitlichen Willenselement ausgegangen werden kann, denn das Streben nach einer allein "richtigen" Methode, einem einzigen System und einer allgemeingültigen Betrachtungsweise findet dort seine Grenze, wo die "ideale" Lösung mit den tatsächlichen Gegebenheiten kollidiert und als ungerecht empfunden wird.

Nach herrschender Meinung entscheidet die Vorstellungsbildung des "Getäuschten" über das Vorliegen einer Vermögensverfügung im Sinne des § 263 StGB [1] und einer Wegnahme gemäß § 242. Kaum übersehbar ist die Zahl der zu diesem Problemkreis veröffentlichten Aufsätze und Entscheidungen. Sie zeigen, wie wenig sich manchmal Juristen bei der strafrechtlichen Beurteilung eines in tatsächlicher Hinsicht häufig eindeutigen Sachverhalts einig sein können, und daß regelmäßig insbesondere dogmatische Inkongruenzen und Inkonsequenzen stillschweigend in Kauf genommen werden. Das mit der Willensbildung des Getäuschten verknüpfte Abgrenzungsproblem ist auch nicht rein akademischer Natur. Die zutreffende Klassifizierung hat praktische Bedeutung zum Beispiel für den Zeitpunkt der Deliktsvollendung und strafprozessual unter dem Gesichtspunkt der veränderten Rechtslage, § 265 StPO.

1) nachfolgend nicht ausdrücklich bezeichnete §§ sind solche des StGB;

1. Kapitel:

Betrug und Diebstahl

§ 1 Der Betrug

A. Die Tatbestandsmerkmale des Betrugs

Betrug nach § 263 ist die durch Täuschung hervorgerufene Vermögensschädigung eines anderen in Bereicherungsabsicht.

Im folgenden wollen wir uns auf die Erörterung zweier Kriterien des Betrugstatbestandes beschränken, die -obgleich nicht expressis verbis normiert- für die Bewältigung der uns gestellten Aufgabe von gravierender Bedeutung sind: die Vermögensverfügung und die sog. Irrtumsrelevanz.

I. Die Vermögensverfügung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Das Gesetz sagt: Wer ...das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er ... einen Irrtum erregt oder unterhält, wird ...bestraft.
Zwar versäumt es der Gesetzgeber, ausdrücklich von einer Vermögensverfügung zu sprechen, eine Erwähnung im Gesetzestext erübrigt sich aber insofern, als ein Irrtum allein niemals einen Vermögensschaden zur Folge haben kann. Die Auffassung von Lucas [2], der das Erfordernis einer Verfügung mit der Begründung leugnet, nach den Worten des Gesetzes gehöre sie nicht zum Tatbestand und dürfe deshalb auch nicht hineingetragen werden, überzeugt nicht. Lucas geht von dem Fall des "blinden Passagiers" und dem sog. Automatenbetrug aus, Sachverhalte, in denen nach Lucas zweifellos wegen Betrugs bestraft werden müsse, obgleich es hier an einer Vermögensverfügung fehle. In beiden Beispielen ist, wie die herrschende Meinung erkennt [3], der Tatbestand des Betrugs bereits aus anderen Gründen nicht

2) S. 355;

3) z.B. Frank, § 263, Anm.III und die Nachweise bei Haack, FN. 49

erfüllt: Es fehlt an einer Irrtumserregung und regelmäßig wohl schon an einer Täuschungshandlung, denn ein Automat kann sich nicht irren und im Falle des "blinden Passagiers" macht sich niemand über den Täter Gedanken [4]. Ein vorausschauender Täter aber wird unter diesen Umständen sogar nicht einmal falsche Vorstellungen erwecken wollen, da er sie ja, um sein Ziel zu erreichen, nicht zu erwecken braucht [5]. Damit ist die Existenz des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals "Vermögensverfügung" erhellt [6].

---

4) Das Nichtwissen, die bloße ignorantia facti kann als Mangel jeglicher Vorstellung nicht das Leitmotiv menschlichen Handelns sein und deshalb auch nicht als relevanter Irrtum in Betracht kommen.

5) Wegen dieser Subsumtionsschwierigkeiten ist schließlich auch der § 265 a geschaffen worden.

6) Verschiedene mit der Bildung eines neuen Strafgesetzbuches beauftragte amtliche Kommissionen hielten es für erforderlich, wie im französischen Vorbild des StGB auszusprechen, daß sich zwischen Irrtum und Schaden ein irgendwie geartetes Verhalten des Getäuschten einschieben müsse. So ist z.B. in § 276 des Entwurfs von 1909 ausdrücklich von einer "Verfügung" die Rede und in dem Entwurf von 1935 heißt es: Wer jemanden... zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmt... (vgl. Gürtner, BT, S. 348). Der Entwurf 1962 erwähnt die Vermögensverfügung jedoch nicht.

II. Die sogenannte Irrtumsrelevanz

Das Reichsgericht hatte in RGSt 4/S. 352 und RGSt 6/S. 360 Fälle sog. Bettelbetrugs zu entscheiden und § 263 mit der Erwägung bejaht, der Irrtum müsse sich nicht im Schaden niederschlagen, er brauche nicht "relevant" zu werden. Vielmehr seien sowohl Vermögensverfügungen mit als auch solche ohne Schädigungsbewußtsein unter den Betrugstatbestand zu subsumieren. Diese Tendenz läßt sich gleichfalls in den in RGSt 52/S. 134, 53/S. 225 und 70/S. 256 abgedruckten Entscheidungen verfolgen. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung ist jedoch nicht einheitlich. Die Notwendigkeit einer Irrtumsrelevanz klingt in RGSt 21/S. 162 an, wird hervorgehoben in RGSt 36/ S.343 und 38/S. 23 und ist schließlich für die Entscheidung des Reichsgerichts in GA 54/ S. 418 und RGSt 42/S. 58 von maßgeblicher Bedeutung. In GA 54/S. 419 wird ausgeführt:

"Wer sich eine solche im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen läßt und in Erwartung derselben vorher eine Aufwendung macht, der vermindert sein Vermögen in dem Bewußtsein, daß eine Gegenleistung im Rechtssinne nicht erfolgen kann, also ohne Rücksicht auf die Gegenleistung, beschädigt also sein Vermögen selbst. Die Irrtumserregung bildet in diesem Falle für die eingetretene Vermögensschädigung nur die äußere Veranlassung, nicht aber die innere Ursache."

Der Bundesgerichtshof hat sich bisher ohne jede Begründung zu dem Problem geäußert [7]:

"Der Tatbestand des Betrugs entfällt nicht schon deshalb, weil sich der Getäuschte der nachteiligen Wirkung seiner Verfügung auf das Vermögen bewußt ist."

Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt.
Die extensive Ansicht [8], die auf eine sog. Irrtumsrelevanz verzichtet, wird regelmäßig mit Hinweisen auf die Straf-

7) BGHSt 19/S. 37 f. (45);

8) vgl. z.B. Schraft, S. 184 f.; Mezger-Blei, BT, § 58 IV,1 Dalcke-Schäfer, § 263, Anm. 7;
aA. z.B. Gerland, S. 505;

würdigkeit des sog. Bettelbetruges begründet [9]. Pröll [10] behauptet, es sei nicht nötig, daß der Irrtum sich gerade auf die Schädigung beziehe, die Hervorrufung eines Irrtums genüge. Durch die Spezialbestimmung des § 263 würden die Regeln über die Weiterleitung psychisch vermittelter Kausalität ausgeschlossen [11]. Mezger [12] argumentiert: "denn auch dann, wenn er (scil. der Getäuschte) mit der Schädigung als solcher einverstanden ist, hat der Getäuschte doch die Schädigung nicht in der Form, zu der er durch die Täuschung veranlaßt worden ist (gewollt)". [13]

Binding und Frank - dieser schon in der 3/4 Auflage seines Kommentars - sind die eigentlichen Begründer der sog. Irrtumsrelevanz. Kitzinger [14] hat erstmals das Kriterium als selbständiges Merkmal unter der Bezeichnung "Bewußtsein der Vermögensbeschädigung" anerkannt und ausdrücklich einen Betrug abgelehnt, obgleich alle übrigen Voraussetzungen des § 263 gegeben waren. Während Kitzinger seine Ansicht mit einem Rückgriff auf die für die mittelbare Täterschaft geltenden Grundsätze begründet, spricht Schmidt [15] sich für eine sog. Irrtumsrelevanz aus, weil nur so eine "einigermaßen sichere Abgrenzung echter Betrugsfälle möglich (sei) von den ganz anders gearteten Fällen, wo sich jemand durch Schwindel und Täuschungen und demgemäß auch durch "Irrtumserregung" die Gelegenheit zu anderen Delikten, insbesondere Diebstahl verschafft".

---

9) vgl. Schober, S. 83 - 84

10) vgl. GA 63/S. 411 f. (415);

11) ähnlich Schraft, aaO.;

12) Lb., BT[7], S. 174 - 175;

13) Für eine umgekehrt restriktive und wohl abwegige Ansicht setzt sich Jacobowski, S. 81, ein: Gerade das Bewußtsein von der vermögensschädigenden Wirkung sei für einen Betrug charakteristisch.

14) S. 27 f.;

15) JZ 1952/S. 540;
vgl. auch Niederschriften, S. 36;

Jecht [16] trägt vor, man könne mit der Gegenmeinung nur konform gehen, und einen Betrug anerkennen, sofern § 263 als ein Vergehen gegen "Wahrheit und Vertrauen im Geschäftsverkehr" betrachtet werde [17]. Richtigerweise müsse der Irrtum als ein "vermögensmäßig relevantes Tatbestandselement[18]" angesehen werden.

Von dem "richtigen Verständnis von der funktionalen Beziehung der einzelnen Tatbestandsmerkmale" zueinander redet Schröder [19]. Diese besondere Wirkung werde dadurch anerkannt, daß das aus § 263 unmittelbar nicht zu entnehmende Merkmal der Stoffgleichheit zwischen Schaden und Vorteil dem Tatbestand subintelligiert werde [20].

Die besseren Argumente sprechen für die restriktive Ansicht. Das richtige Verständnis von der funktionalen Beziehung der einzelnen Tatbestandsmerkmale untereinander erfordert es, den Irrtum des Getäuschten als ein vermögensmäßig relevantes Merkmal anzusehen [21]: Jede gelungene Täuschung äußert eine rein geistige Wirkung. Wenn Täuschung und Irrtum nicht im Zusammenhang mit dem Vermögen betrachtet werden, werden Täuschungen und Irrtümer unter den Betrugstatbestand subsumiert, die von vornherein untauglich sind, mehr als einen rein geistigen Effekt zu zeitigen. Der Täter würde lediglich die Dispositionsfreiheit, nicht aber -wie geboten- das Rechtsgut Vermögen angreifen. Ein solcher Angriff ist jedoch -anders als bei der

16) GA 1963/S. 41 f. (44-45);

17) Der Bundesgerichtshof -NJW 1961/S. 1876- sieht aber den Betrug nicht als ein bloßes (!) Vergehen gegen die Wahrheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern als Vermögensdelikt an;

18) Jecht, GA 1963/S. 44;

19) NJW 1962/S. 721 f. (722);

20) Schröder, aaO.; weitere Vertreter der restriktiven Auslegung sind Maurach, BT, § 38 IIB 3; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 37; Binding, Lb. 1, S. 352; v.Liszt-Schmidt, § 139II; Frank, § 263,Anm. VI1; Eckstein, GS 78/S. 137 f.; Otto, ZStW 79/S.69;Erich,GA 72/S.333 f.(333-334);Merkel,Kr.Abh.II, § 13;

21) Der von Kitzinger vorgenommene Rückgriff auf die für die mittelbare Täterschaft geltenden Prinzipien überzeugt jedoch nicht, denn noch bei einem bloßen Irrtum über den konkreten Handlungssinn bleibt das Opfer Tatmittler.

Erpressung [22] - nicht strafbar. Wenn der Gesetzgeber als Nötigungsmittel nur Gewalt und Drohung zuließ, so liegt darin eine gewollte Bindung, deren Umgehung auf dem Wege über § 263 verbotene Analogie bedeutet [23].

Das Erfordernis einer sog. Irrtumsrelevanz führt auch nicht zu kriminalpolitisch unerwünschten Ergebnissen, denn die Bettel-, Spenden- und Kollektenbetrügereien bleiben nicht straffrei. Zwar kann die Strafbarkeit wegen Betruges hier nicht schon mit der bloßen Hingabe der den Vermögenswert verkörpernden Sache begründet werden, ein Schaden ist in diesen Fallgruppen aber deshalb zu akzeptieren, weil die Vermögensverschiebung mit der Verfehlung ihres Zweckes in ihrem sozialen Sinn entwertet wird [24]. Und dieser so verstandene Schaden wird dem Getäuschten auch verschleiert - der Irrtum somit relevant [25].

Einen Betrug nach § 263 begeht daher, wer einen anderen in Bereicherungsabsicht mittels Täuschung zu einer unwissentlichen Schädigung veranlaßt. Damit ist das Wesen des Betrugs, das aus der Bedeutung der einzelnen Kriterien und deren Beziehung zueinander zu ergründen ist, vorgezeichnet.

---

22) in § 253 ist § 240 -die Nötigung- enthalten;

23) vgl. Maurach, BT, § 38 II B 4b, S. 319 - 320;

24) vgl. Schönke-Schröder, § 263,Rdn. 74; das Opfer bringt insoweit bewußt, wenn auch aufgrund eines irrigen Motivs, ein Vermögensopfer;

25) Man muß also nicht wie z.B. Gutmann (MDR 1963/S. 3), und Frank (§ 263, Anm. VII 1) zu einer Straflosigkeit des Bettelbetrugs gelangen, wenn man von einer sog. Irrtumsrelevanz ausgeht; § 361 Nr. 4 würde den Unrechtsgehalt einer Bettelei mittels Täuschung tatsächlich nicht ausschöpfen.

B. Das Wesen des Betrugs

Mit der herrschenden Meinung [26] wollen wir davon ausgehen, daß Rechtsgut des Betrugs allein das Vermögen ist, nicht etwa auch das Vertrauen [27], Treu und Glauben [28] oder die Aufrechterhaltung der Wahrheit.

Eine andere Betrachtung würde übersehen, daß die Parallele zwischen Erpressung (Rechtsgüter: Vermögen und persönliche Freiheit) und Betrug hier nicht durchgreift. Die persönliche Freiheit ist ein auch außerhalb der Erpressung strafrechtlich anerkanntes Rechtsgut, dessen Einbeziehung in den Erpressungstatbestand diesen nicht erweitert sondern spezialisiert. Für Treu und Glauben, die Aufrechterhaltung der Wahrheit oder aber das Vertrauen gilt dies nicht [29].

Zwar muß ein gewisses Maß an Wahrheit und Verläßlichkeit im Rechtsverkehr herrschen. Das ist nicht nur ein Gebot der Ethik, sondern entspricht auch den sozialen Interessen der Gemeinschaft. Wollte man aber die Lüge um der Wahrheit willen verbieten und dem "Opfer" strafrechtlichen Schutz gewähren, sähen sich Handel und Verkehr in unerträglicher Weise belastet und gehemmt [30]. Die dem Täuschenden durch den BGB-Gesetzgeber in Aussicht gestellten Sanktionen genügen vollauf [31].

Für die herrschende Meinung spricht zudem die rechtspolitische

---

26) vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 1; aus der Rechtsprechung beispielsweise BGHSt 7/S. 197 f. (198); 16/S. 220 f. (221); 321 f. (325); 367 f. (372);

27) vgl. z. B. Sauer, § 71, Anm. 2; Borst, JW 1935/S.1221 f.; insbesondere, S. 12 22; Kempermann, ZStW 57/S. 146; Kohlrausch, Festschrift Schlegelberger, S. 222;vgl. auch Escher, S.55-56;

28) so Mezger, 7.Aufl., S. 167;

29) vgl. Maurach, BT § 38 I, C, 1 mit Nachweisen;

30) Bestände eine Wahrheitspflicht, müßte beispielsweise ein jeder Verkäufer jeden Umstand offenbaren, der einen Käufer möglicherweise von einem Kauf der Sache zurückhalten könnte. Die Furcht vor einer Lügenstrafe würde gerade den vorsichtigen und gewissenhaften Verkäufer dazu treiben, jeden -auch noch so geringen- Zweifel an der Vollwertigkeit der Ware mitzuteilen (vgl. dazu auch Lietzmann, S. 2).

31) siehe z. B. § 463, S. 2 BGB;

Erwägung, daß andernfalls der Getäuschte, ohne selbst geschädigt zu sein, als "Verletzter" in der Lage wäre, ein Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO einzuleiten und als bloß Getäuschter Anträge i. S. von § 263 Abs. 5 stellen könnte.

Aus der Tatsache, daß das Vermögen als Rechtsgut des Betrugs anzusehen ist, resultiert seine immense Bedeutung für das Wesen des Delikts. Der Charakter wird jedoch nicht allein in der Vermögensbeeinträchtigung erblickt werden können, wie von einem Teil des Schrifttums [32] und der Rechtsprechung des Reichsgerichts [33] angenommen wird, denn der nach wirtschaftlichen Maßstäben beurteilte Vermögensschaden [34] ermöglicht es genau so wenig wie jedes der übrigen Tatbestandsmerkmale für sich, den Betrug von den anderen Vermögensdelikten abzuheben. Das Wesen einer Strafnorm macht aber gerade das aus, was sie von anderen unterscheidet - ihre Eigenart. Der Vermögensschaden ist in gleicher Qualität u. a. auch tatbestandliche Voraussetzung für eine Untreue, § 266, und Erpressung, § 253. Auch im Diebstahls- sowie Raubtatbestand läßt er sich beobachten: Falls eine Sache Vermögenswert besitzt, wirkt sich die "Wegnahme" wirtschaftlich nachteilig für das Opfer aus.

Mittels Täuschung kann andererseits sogar eine Tötung, § 212, Körperverletzung, §§ 223 f., oder Freiheitsberaubung, § 239, begangen werden, denn für die Erfüllung dieser Tatbestände ist die Art der Tatmodalität gleichgültig [35].

---

32) vgl. z. B. Gallas, ZAkDR 1940/S. 1098;

33) in ständiger Rechtsprechung, z. B. RG in JW 1937/S. 968; RGSt 73/S. 270; 74/S. 167;

34) es soll von dem heute herrschenden wirtschaftlichen Vermögensbegriff ausgegangen werden;

35) Ein rein äußerlicher Vergleich der Betrugsvorschrift mit anderen Strafnormen könnte uns zu dem Fehlschluß verleiten, daß die Täuschungshandlung wegen ihrer ausnahmsweisen Nennung in § 263 allein bereits den Charakter des Betrugs ausmacht.

Gleichermaßen wie Angriffsobjekt und Tatmodalität vermag das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal Vermögensverfügung nicht allein die Eigenart des Betrugs zu kennzeichnen. Ein entsprechendes Bindeglied findet sich -wie wir später noch sehen werden- in den Erpressungstatbeständen, §§ 253 f.. Im Konnex mit der sog. Irrtumsrelevanz wird jedoch das Betrugsspezifische erhellt: Bei keinem weiteren Delikt des Strafgesetzbuches bedient sich der Täter seines Opfers mittels Täuschung und läßt dieses sich selbst unwissentlich schädigen. Infolgedessen ist davon auszugehen, daß § 263 das Vermögen gegen eine irrtumsbedingte -unwissentliche- Selbstschädigung schützt [36]. Beim Betrug greift der Täter nicht eigenmächtig in eine fremde Vermögenssphäre ein, sondern er läßt sich das Vermögensobjekt von dem Getäuschten "herausreichen".

Dieser Sinngehalt des Betrugs steht im Einklang mit der historischen Entwicklung.

C. Historische Entwicklung des Betrugs

Das römische Recht trug für die Entwicklung des Betrugs in seiner heutigen Form wenig bei: Das erst spät eingeführte "stellionat" -weil das Vermögen betreffend- am ehesten unserem Betrug vergleichbar, hatte gegenüber dem "falsum" und "furtum" eine subsidiäre Stellung: Es war dafür da, diejenigen Fälle zu ergreifen, die keiner anderen Deliktsart zugeordnet werden konnten [37].

Von den deutschen Volksrechten wurde der Betrug vollständig

---

36) auch die herrschende Meinung sieht den Betrug als Selbstschädigungsdelikt an -vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn.3; Schröder, ZStW 60/S. 70, 83; Gallas, Festschrift, S. 421; Hardwig, GA 1956/S. 7; Welzel, GA 1961/S. 351;

37) Im römischen Recht war zudem bestritten, ob das crimen extraordinarium stellionatus ein Vermögensdelikt ist, doch ist diese Eigenschaft aus der Gleichstellung desselben mit der a. doli in D. 47, 20, 3 § 1 zu folgern (vgl. Binding, Lb. 1, S. 338). Der Streit wurde durch die Unklarheit dieser Stelle hervorgerufen, wo von einem Angriff des "stellionats" auf das Vermögen keine Rede ist -vgl. auch Habel, S. 6;

mit den Fälschungsverbrechen vermengt [38].

Das Mittelalter war für die Ausbildung des Betrugs in der Form, wie er uns jetzt im Strafgesetz von 1871 begegnet, ebenso wenig fruchtbar wie die Vorzeit. Die Vermischung des Betrugs mit den Fälschungsdelikten blieb bestehen. Beispielhaft ist Artikel 113 der CCC von 1532.

In der Folgezeit neigte man zu einer Trennung der Delikte. Das führte allerdings zu der irrtümlichen Ansicht, daß die Fälschung im deutschrechtlichen Sinne nur Sachen betreffen könnte, Personen hingegen betrogen würden [39].

Die bis in das 19. Jahrhundert hineinreichende gemeinrechtliche Periode offenbarte einen Zustand weitgehender Unklarheit und Verwirrung, der eine erneute Verschmelzung des Betrugs mit der Fälschung bewirkte. Der Charakter des Betrugs als Vermögensdelikt ging völlig verloren. Man konstruierte ein Recht auf Wahrheit, das nunmehr die strafrechtliche Grundlage des Betrugs bildete und gelangte zu dem Ergebnis, daß "der Betrug eine Form zur Begehung aller möglichen Verbrechen, unter anderem auch todeswürdiger, sei" [40].

Erst im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde das "Recht auf Wahrheit" als Rechtsgut des Betrugs verbannt und dem Betrug endgültig seine Eigenschaft als Vermögensdelikt gegeben [41].

Für den Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt diente Art. 405 code pénal als Vorlage. Die für das Wesen des Delikts bedeutsame Vermögensverfügung des Getäuschten blieb dennoch, obgleich die im folgenden kodifizierten Gesetzeswerke

---

38) Daher sind reine Betrugsfälle, die eben nur eine Vermögensbeschädigung aufweisen, äußerst selten -vgl. Rotering, GS 60/S. 243;

39) Diese Ansicht wird von Temme, Osenbrüggen und Brackenhöft verfochten -siehe darüber Rotering, aaO..

40) so Köstlin, S. 140;

41) Daß der Betrugstatbestand in der Form des § 263 ein Werk des 19. Jahrhunderts ist, meinen z. B. auch Maurach, BT, § 38 I B;Welzel, Lb. 11, § 53; Mezger-Blei, BT, § 57 I; Naucke, S. 62; Kempermann, ZStW 57/S. 133 f.;

an das französische Gesetz anknüpften und sich den Art. 405 zum Vorbild nahmen, noch längere Zeit im Unklaren. Noch die Formulierung im PrStG: "wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt ...", läßt die Vermögensverfügung nicht deutlich werden.
Erst während der Geltung dieses Strafgesetzes brachte die Lehre Klarheit [42]. Unter dem besonderen Einfluß von Köstlin [43] und Merkel [44], dem Binding [45] folgt, ist das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal scharf herausgearbeitet und als wesentlicher Bestandteil des § 263 aufgefaßt worden. Damit war der entscheidende Ansatz für die Interpretation des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt gewonnen,und auf dem Boden dieser abgeschlossenen Begriffsentwicklung steht der Betrug wie er im Strafgesetzbuch von 1871 normiert und heute zu verstehen ist.

§ 2 Der Diebstahl

A. Die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls -die Wegnahme als Tatbestandsmerkmal und das Einverständnis mit der Wegnahme als negatives Tatbestandsmerkmal

Einen Diebstahl begeht nach § 242, wer eine fremde bewegliche Sache in Zueignungsabsicht wegnimmt. Unter "Wegnahme" ist nach der von der überwiegenden Meinung vertretenen sog. Apprehensionstheorie der Bruch fremden und die Begründung neuen [46] - meist

42) Naucke, S. 144;

43) Köstlin, aaO., S. 141 f.; die von Temme S. 84, im Jahre 1841 gebrauchte Formulierung verdeutlicht den Verfügungsbegriff schon recht gut: ".. durch eine Täuschung bewogen wurde, aus seinem Vermögen etwas wegzugeben...";

44) Str. Abh. II, S. 195 f.;

45) Lb. 1, S. 340, 344, 351;

46) In den allermeisten Fällen geschehen der Gewahrsamsbruch und die Begründung neuen Gewahrsams zugleich - mithin die"Wegnahme" in einem einzigen Akt. Begriffsnotwendig ist das allerdings nicht (so auch die herrschende Ansicht -vgl. Schönke-Schröder, § 242 Rdn. 37; OGHSt 3/S. 37);

eigenen [47] - Gewahrsams zu verstehen [48].
Der Täter bricht fremden Gewahrsam nicht, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber seinen Gewahrsam willentlich aufgibt [49]. Die allgemein übliche Definition [5o] für den Gewahrsamsbruch lautet: Verlust des Gewahrsams gegen oder ohne Willen! Daß eine Einbuße der tatsächlichen Herrschaftsgewalt auch "ohne Willen" geschehen kann, ist jedoch schwerlich einzusehen, denn der Wille einer Person kann doch nur entgegenstehen oder nicht, ein Mittelding gibt es logisch nicht. Eine Differenzierung zwischen "mit" und "ohne" Willen ist unmöglich, denn "ohne" Willen handelt der Täter stets, wenn nicht der Gewahrsamsinhaber ausnahmsweise zustimmt, und ein Handeln "gegen" den Willen ist

---

7) Da nicht erforderlich ist, daß der Täter persönlich neuen Gewahrsam erlangt - vgl. dazu Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 27; RGSt 48/S. 59; 7o/S. 213; BGH MDR 1954/S. 398 bei Dallinger- ist ein Diebstahl auch dann vollendet, wenn der Täter selbst niemals den Gewahrsam an der erbeuteten Sache erlangen soll, wie z. B. im Gänsebucht-Fall (RGSt 48/S. 59).

48) vgl. z. B. Schönke-Schröder, aaO., Rdn. 27; Jagusch LK, § 242, Anm. III; Die bloße Berührung einer Sache (sog. Kontraktion) genügt offensichtlich nicht für einen Gewahrsamswechsel. Eine auf die sog. Ablation der Sache aus dem räumlichen Zugriffsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers abstellende Ansicht würde zwar konstruktiv befriedigen, ist aber aus kriminalpolitischen Gründen wegen der zu starken Zurückverlegung der Strafrechtsreaktion auf das vollendete Delikt und die zu weite Ausdehnung des beweistechnisch schwer erfaßbaren Versuchs abzulehnen (vgl. Maurach, BT, § 26 III B 2, S.) Vollends keine Berechtigung hat eine auf die Bergung (sog. Illation) der Sache zugeschnittene Theorie.

49) vgl. z. B. Schönke-Schröder, aaO., Rdn. 29; v. Olshausen, § 242, Anm. 9o; RGSt 53/S. 337; RG HRR 1939/S. 3lo;

5o) vgl. Jagusch, aaO.; Schönke-Schröder, aaO., Herbergen, [illegible] 1, der allerdings von der Zustimmung des [illegible] zu der "Wegnahme" spricht;

immer dann zu beobachten, sofern der Gewahrsamsinhaber mit dem Gewahrsamswechsel nicht einverstanden ist. Wesentlich wird dieser Unterschied höchstens für den Beweis [51]. Gegen die Definition der nahezu einhelligen Meinung spricht zudem die Existenz des § 37o I Nr. 6. In dieser dem Diebstahl eng verwandten Vorschrift hat der Gesetzgeber selbst eine Bestrafung bei einer "Wegnahme" "wider Willen" vorgesehen [52]. Nach alledem bedarf die herkömmliche Definition des Wegnahmebegriffs einer entsprechenden Korrektur.

Daß die von der herrschenden Meinung bevorzugte Auslegung des Wegnahmebegriffs im übrigen zutrifft, ergibt sich aus dem Wesen des Diebstahls.

B. Das Wesen des Diebstahls

Rechtsgüter des Diebstahls sind das Eigentum [53] und der Gewahrsam [54].

Die von Schröder [55] vertretene Ansicht, die den Rechtsgutscharakter des Gewahrsams leugnet, ist abzulehnen. Da der Verlust des Gewahrsams eine Person ihrer wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeit beraubt, berührt die Einbuße der Sachherrschaft den bloßen Gewahrsamsinhaber weitaus mehr als einen schon gewahrsamslosen Eigentümer. Die Schutzwürdigkeit des Gewahrsams als Rechtsgut, die sich insbesondere im modernen Wirtschaftsleben, in dem Eigentumsvorbehalte und Sicherungsübereignungen an der Tagesordnung sind, herausgebildet hat, wird durch die unterschiedlichen Strafdrohungen der Unterschlagung und des Diebstahls gestützt. Jene finden ihre Berechtigung nicht, wie

---

51) vgl. insoweit auch Geerds, S. 112 - 113; Honig, Einwilligung, S. 129;

52) so im Ergebnis wohl auch Herberger, S. 5, jedoch ohne jede Begründung;

53) insoweit sind sich Rechtsprechung und Schrifttum einig -vgl. z.B. Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 1; BGHSt 1o/S. 4oo f. (4o1);

54) so die herrschende Meinung - z. B. vgl. die Nachweise bei Schönke-Schröder, aaO.;

55) vgl. Schönke-Schröder, aaO.;

Schröder meint, darin, daß § 242 gegenüber § 246 nur die durch den Gewahrsamsbruch intensivierte Eigentumsverletzung schützt. Die Vorschrift des § 303, der die intensivste Form der Eigentumsbeeinträchtigung betrifft, aber eine mildere Strafe vorsieht, erhellt vielmehr, daß die im Vergleich zu § 303 hohe Strafdrohung des § 242 nur daraus resultieren kann, daß der Diebstahlstatbestand eben nicht lediglich das Eigentum sondern auch den Gewahrsam schützt.

Aus der Qualität des Eigentums und des Gewahrsams als Rechtsgüter des Diebstahls folgt deren Bedeutung für das Wesen des Delikts. Welche Züge den Diebstahl im einzelnen charakterisieren, entscheidet sich danach, wodurch er sich auch gegenüber verwandten Delikten hervorhebt, was für ihn spezifisch ist.

Mit der Kennzeichnung des Diebstahls als eines Zueignungsdelikts wird man der Eigenart des Diebstahls nicht gerecht. Die gleiche Aussage läßt sich gleichermaßen über andere Delikte machen. Nach der mit der Tat verfolgten Absicht kann der Diebstahl z. B. nicht von der Unterschlagung abgegrenzt werden. Aber auch zwischen dem Diebstahl und dem Betrug sowie der Erpressung könnte keine eindeutige Grenzziehung getroffen werden, denn Zueignungs- und Bereicherungsabsicht überschneiden sich teilweise. Wenn das Wesen eines Delikts gerade das ausmacht, was es von anderen distanziert, seine strafrechtliche Spezies, ist es auch unmöglich, das Wesen des Diebstahls als allein durch das Angriffsobjekt Gewahrsam geprägt anzusehen: Der Gewahrsam wird unter anderem vom Betrug, der Erpressung und der Untreue (Gewahrsam als Teil des Vermögens, soweit ihm Vermögenswert zukommt) erfaßt.

Nicht gemeinsam haben andere Delikte mit dem Diebstahl jedoch die Tathandlung [56] - die"Wegnahme". Infolgedessen ist heute

56) Die §§ 249 f. sind aufgrund der besonderen Tatmittel Spezialgesetze;

zu Recht allgemein anerkannt [57], daß derjenige, der sich wegen Diebstahls strafbar macht, gegen den Willen, d. h. eigenmächtig in den fremden Gewahrsamsraum eingedrungen sein muß, der Diebstahl mithin als "Fremdschädigungsdelikt" zu qualifizieren ist.
Dieser Sinngehalt des Delikts wird durch seine historische Entwicklung bestätigt.

C. Die historische Entwicklung des Diebstahls

Das römische Recht hat auf die Entwicklung des Diebstahls bis zu seiner heutigen Form wenig befruchtend gewirkt. Grundtatbestand der Sachentziehungsdelikte war das "furtum", nach Paulus [58] die "contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius posses-sionisve". Als "furtum" wurde jede gewinnsüchtige Entwendung fremder beweglicher Sachen verstanden. Es umfaßte sogar einzelne Fälle des Betrugs im heutigen Sinne. Nach der Verbrechenshandlung war keine Abgrenzung zu anderen Delikten möglich. Allein die gewinnsüchtige Absicht wirkte einengend.

Im alten deutschen Recht galt der Diebstahl als das schimpflichste Eigentumsdelikt [59]. Für ihn wurde im Mittelalter die Entziehung der Sache aus fremder "Gewere" [60] als für den Charakter des Delikts wesentlich konzipiert [61]. Dem gegenüber verstand man unter einer Unterschlagung eine Aneignung ohne Entziehung aus fremder "Gewere".
Die Rezeption hat diesen deutschrechtlichen Aufbau des Diebstahl nicht erkennbar beeinflußt. Wie sich aus der CCC von 1532

57) vgl. Welzel, GA 1961/S. 351; Gribbohm, JuS 1964/S. 234; Weingart, S. 3 u. a.;
58) Digesten, 47, 2 § 3;
59) vgl. Welzel, Lb., § 46;
60) vgl. dazu Köstlin, Abh., S. 217;
61) und zwar die heimliche Wegnahme;

ersehen läßt [62], wird der Diebstahl in der bisherigen Fassung behandelt.

Die Art. 157 - 175 der "Carolina" bilden dann auch die Grundlagen des gemeinen Rechts und auch in den Gesetzgebungswerken des 19. Jahrhunderts ist an der Rechtsnatur des Diebstahls festgehalten worden [63].

Bis zum heutigen Tage hat sich der Charakter des Delikts nur insofern verändert, als die Heimlichkeit als Erfordernis des Diebstahls fallengelassen wurde [64]. Und an die Stelle der "Gewere" trat die römisch-rechtliche "detentio", die dem heutigen Begriff des Gewahrsams entspricht.

---

62) vgl. die Art. 157 - 175;

63) vgl. z. B. das preußische StGB von 1851; das StGB für den Norddeutschen Bund;

64) zur Rechtsentwicklung vgl. Welzel, Lb., § 46; v. Liszt-Schmidt, § 126 V; Maurach, BT, § 24 II;

2. Kapitel:

Betrug und Diebstahl im Zweierverhältnis

§ 1 Der Sachbetrug

Wegen ihrer grundsätzlichen Unterschiede sollen der Forderungs- und der Sachbetrug getrennt behandelt werden.

A. Die Vermögensverfügung

I. Objektive Voraussetzungen für eine Vermögensverfügung

1. Die Stellung des Verfügenden

Verfügen kann beim Sachbetrug im Zweierverhältnis derjenige, der auch Geschädigter im Sinne des § 263 werden kann. Deshalb ist mit dem Verfügungsbegriff im Zweierverhältnis unlösbar die Frage verbunden, wie der Begriff des Gewahrsams zu interpretieren und ob der Gewahrsam an einer Sache zu den Vermögensobjekten zu zählen ist.

a. Der Gewahrsamsbegriff

Eine Person hat an einer Sache Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne, wenn sie die Möglichkeit hat, ohne Hindernisse auf sie einzuwirken (1.Komponente) und den Willen, die eigene Herrschaft unter Ausschluß anderer Personen geltend zu machen (2.Komponente). Der Gewahrsamsbegriff erfordert mithin eine äußerliche Beziehung der Person zur Sache und ein Willensverhältnis.

aa. Die faktische Beziehung als Essentiale des Gewahrsamsbegriffs

Ausgehend von der realen physischen Möglichkeit, über eine Sache ohne Überwindung von Hindernissen und mit Ausschluß anderer zu verfügen, ist heute zu Recht anerkannt, daß Gewahrsam die Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache nach den Regeln des sozialen Lebens ist:

"Gewahrsam besitzt, wem die Sache derart zugänglich ist, daß er nach den konkreten Lebensverhältnissen als tatsächlicher Herr über sie erscheint" 65).

"Die Zäsur zwischen den einzelnen Gewahrsamskreisen wird nämlich nicht durch Kräfte- oder Näheproportionen, sondern durch soziale Herrschaftssphären gezogen" 66).

Die grundsätzliche Bedeutung dieses normativen Elementes ist heute nicht mehr im Streit.

Unter welchen Voraussetzungen ordnet die Sozietät einer Person tatsächliche Herrschaftsgewalt (1. Komponente des Gewahrsamsbegriffs) zu?

Nach einer in der Rechtsprechung [67], aber auch im Schrifttum [68] vertretenen Ansicht versagen die sozialen Anschauungen der Herrschaft des Täters vor der "Illation" die Anerkennung: Neuer Gewahrsam werde durch den Täter erst begründet, wenn dieser infolge der tatsächlichen Umstände und Verhältnisse die Sachherrschaft bereits so erlangt hat, daß die Möglichkeit einer ungehinderten Verfügungsgewalt, namentlich eines ungehinderten Abtransports, besteht. Im Einzelfall seien z. B. der Umfang und das Gewicht des Diebesgutes [69], die Nähe einer eventuell die Tat beobachtenden Person, seine Möglichkeit, die Tat als Diebstahl zu

---

65) Otto, aaO., S. 60; vgl. auch Welzel, GA 1960/S. 265-266; Wimmer, NJW 1962/S. 609 f, Geilen, JR 1963/S. 446 f.; BGHSt 17/S. 205 f.; GA 1962/S. 77 - 78; u. a.;

66) Welzel, GA 1960/S. 267;

67) vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung -vgl. z.B. RG JW 1934/S. 1358, Nr. 19; GA 69/S. 396; RGSt 66/S. 396;- und ihm zunächst auch folgend der Bundesgerichtshof- vgl. BGHSt 4/S. 199; BGH LM § 242, Nr. 11, BGH bei Dallinger in MDR 1957/S. 141; auf die später folgenden Entscheidungen wird noch einzugehen sein;

68) H. Mayer, JZ 1962/S. 620; vgl. auch Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 34 - 35;

69) RG in GA 69/S. 102;

erkennen und schnell einzugreifen [7o], oder rechtzeitige Hilfe herbeizurufen [71], das Vorhandensein von Absperr- und Alarmeinrichtungen [72) 73], und die körperlichen Kräfteverhältnisse [74] zu berücksichtigen. Nur die redliche Person soll nach dieser These für sich eine Beurteilung nach den sozialen Anschauungen beanspruchen können [75].

Eine solche Ansicht leidet an dem "Erbübel" der Gewahrsamslehre [76], der Abgrenzung nach Gesichtspunkten der reinen Faktizität, einer Begriffsverkürzung, die zunächst in der Rechtssprechung durch die Entscheidungen in BGHSt 16/S. 271; BGHSt 17/S. 2o6 und GA 1963/S. 147 überwunden schien[77].

7o) vgl. BGH in MDR 1957/S. 141;

71) vgl. BGH in LM § 242, Nr. 11;

72) vgl. RG JW 1934/S. 1358;

73) diese Möglichkeiten und Vorkehrungen sind insbesondere im Zusammenhang mit den Entwendungen aus Selbstbedienungsläden erörtert worden;

74) vgl. RGSt 66/S. 394; auch BGH GA 1966/S. 78; OLG Hamm, NJW, 1954/S. 523, wo ausdrücklich vermerkt wird, daß das Opfer der Täterin die betreffende Sache, wenn auch "mit Gewalt", ohne weiteres wieder abnehmen konnte;

75) ausdrücklich ziehen die Rechtssprechung und der genannte Teil des Schrifttums diese Konsequenz jedoch nicht;

76) Geilen, JR 1963/S. 446 f.;

77) Die Gründe der in JR 1963/S. 466 f., MDR 1969/S. 9o2 und 359, abgedruckten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm in MDR 1969/S. 862 u. a. verdeutlichen, wie schwierig es ist, den wahren Standpunkt der Rechtssprechung festzustellen:

In JR 1963/S. 466, hält der 5. Senat wohl nur die realen Kräfteproportionen und die Möglichkeit eines ungehinderten Abtransports für essentiell.

Eine Hinwendung zu der längst überholten Ablationstheorie, derzufolge ein Wegbringen der Beute vom Tatort notwendig war, zeigt m.E. - Dallinger ist anderer Meinung (vgl. MDR 1969/S. 2o2) - die Entscheidung des gleichen Senats in MDR 1969/S. 9o2. Auf physische Möglichkeiten legt der Bundesgerichtshof auch in MDR 1969/S. 359 Gewicht. Ob dem normativ-faktischen Element vom 1. Senat dem faktischen Element gegenüber der Vorzug gegeben wird, bleibt - wie auch in der Entscheidung des OLG Hamm - aa0. - unklar.

In den sog. Laden"diebstahls"fällen halten der Bundesgerichtshof [78] und verschiedene Autoren [79] die rein tatsächlichen Machtverhältnisse an einer Sache für völlig unbeachtlich. Wenn der Täter, mag er sich auch in fremder Gewahrsamssphäre aufhalten -ja sogar bei der Tat beobachtet werden- eine fremde Sache in seiner Kleidung verbirgt oder in eine mitgeführte Tasche, zu der er körperlich Kontakt hat, wie beispielsweise Hand-, Akten- oder Einkaufstasche steckt, soll er bereits eigenen Gewahrsam begründet haben, da die Sache sich dann gewissermaßen in einer "Gewahrsamsexklave" [80] befinde [81].

Lösungsvorschlag

Die Sozietät hat die jeweils im Zeitpunkt der Tat bestehenden Herrschaftsverhältnisse -die Beziehungen zwischen den beteiligten Personen und der betroffenen Sache- zu prüfen.
Auszugehen ist von dem nicht bestreitbaren Prinzip, daß alle Personen regelmäßig verschiedene Sachen bei sich tragen oder in ihrer Wohnung bzw. auf ihrem Grundstück

78) vgl. BGHSt 16/S. 271; 17/S. 208;

79) vgl. z. B. Welzel, GA 1960/S. 257; Wimmer, NJW 1962/S. 609; auch Fränkel, Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 6. Okt. 1961 in LM, § 242, Nr. 32;

80) Wimmer, aaO., S. 614;

81) Die Ansicht Schröders -vgl. Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 35-, ein beim Einstecken einer Sache in einem Selbstbedienungsladen beobachteter Täter, der ohne weiteres am Wegbringen der Sache aus dem Laden gehindert werden könnte, stehe in keinem Augenblick zu der erbeuteten Sache in einem Herrschaftsverhältnis im Sinne des Gewahrsamsbegriffs, kann schon deshalb nicht richtig sein, weil Gewahrsam unabhängig von einer Illation begründet werden kann und die beobachtende Person nicht die Sozietät vertritt.

oder aber in ihnen gehörenden Behältnissen u. ä. beherbergen. Da sich demzufolge die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit nach der gemäß der Verkehrsauffassung beurteilten Nähe der Beziehungen einer Person zu der betreffenden Sache bemißt -unabhängig davon, ob eine gewisse Festigkeit und Dauer der Beziehungen zwischen Person und Sache besteht [82] oder der Person im Einzelfall eine Verteidigung der Sachherrschaft aufgrund ihrer physischen Kraft und Geschicklichkeit usw. möglich erscheint [83]-, ist nach den sozialen Anschauungen grundsätzlich eine Aufgliederung in Herrschaftssphären geboten. Und gerade weil danach die Lockerung physischer Gewalt nach den sozialen Anschauungen bestehenden Gewahrsam eben noch nicht berühren muß [84] -hier sei das Schulbeispiel des "Pflugs auf dem Felde" genannt [85]- wird die Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse häufig so schwierig.

Die spätere Erprobung am Fallmaterial wird zeigen, inwieweit die für die 1. Komponente des Gewahrsams erarbeitete Konzeption noch zu konkretisieren ist, um auch Grenzfällen gerecht werden zu können.

---

82) a.A. Soltmann, S. 14;

83) in diesem Zusammenhang ist auch § 859 Abs. 2 BGB instruktiv: Eine Sache kann dem auf frischer Tat Betroffenen wieder "abgenommen" werden. Ein "Abnehmen" - vergleichbar einem Zurückholen- setzt voraus, daß eine andere Person die Sache bereits "hatte", denn nur was man "hat", kann man gegen eine "Wiederabnahme" verteidigen.

84) vgl. z.B. Rotering, GS 38/S. 295; Soltmann, S. 14;

85) Die in RGSt 50/S. 183 geäußerte Ansicht, der Soltmann, S. 14, zustimmt, an Haustieren gehe der Gewahrsam noch nicht verloren, wenn sie sich vom Grundstück des berechtigten entfernen und auf ein fremdes Grundstück laufen, geht allerdings zu weit, da die Sozietät, sofern der andere Grundstücksbesitzer auch Hühner hält, sicherlich eine andere Zuordnung nach Gewahrsamssphären vornehmen wird.

bb. Der Herrschaftswille als Essentiale des Gewahrsamsbegriffs

Die Möglichkeit der Herrschaftsausübung wird nicht durch die Kenntnis der einzelnen ihr unterliegenden Sachen bedingt [86]. Im Schrifttum [87] besteht infolgedessen zu Recht Einigkeit, daß eine spezielle Kenntnis der einzelnen tatsächlich beherrschten Sachen zum Begriff des Gewahrsams nicht erforderlich ist. Auch das Reichsgericht [88] hat in ständiger Rechtssprechung diesen Standpunkt eingenommen. Einige Entscheidungen erwecken zwar den Eindruck, als halte das Reichsgericht einen Herrschaftswillen überhaupt für überflüssig [89]. Man wird aber in jenen Entscheidungen keine grundsätzliche Ablehnung des Erfordernisses eines Herrschaftswillens erblicken dürfen, sondern vielmehr nur -und damit wird die Existenz eines generellen Willens konzediert- eine Verneinung der Notwendigkeit eines genauen Wissens um die einzelnen tatsächlich innegehabten Sachen.

Welche kognitiven Voraussetzungen sind an einen generellen Herrschaftswillen zu stellen?

Für einen speziellen Willen ist eine spezielle Kenntnis spezifisch, denn speziell wollen kann jemand nur, was er sich auch vorzustellen vermag, was er kennt, was ihm bewußt ist. Für einen generellen Willen kann kein dementsprechendes "generelles Wissen" verlangt werden: Die

---

86) vgl. RGSt 27/S. 222; 30/S. 82 f. (88);
87) vgl. z. B. Siebert, S. 58; S. 53;
88) vgl. z. B. RGSt 30/S. 88;
89) vgl. RGSt 50/S. 46; 54/S. 346, 56/S. 207;

Kenntnis einer unbestimmten Sache oder aber einer unbestimmten Vielheit von Sachen ist unmöglich [90].

Der vom Reichsgericht [91] entschiedene Großvater-Fall mag in die Problematik einführen:

Die beiden Angeklagten hatten dem Großvater des einen Angeklagten in dessen Abwesenheit einen von ihm in einer Schublade verwahrten 20,-- DM-Schein entwendet, dafür einen 10.-- DM-Schein hineingelegt und einige Zeit später -der Großvater war noch nicht zurückgekehrt- auch diesen wieder fortgenommen.

Nach Ansicht des Reichsgerichts hatte der Großvater an dem 10,-- DM-Schein Gewahrsam erworben. Die Gründe [92] lassen erkennen, daß der Senat einen speziellen, d. h. bewußt auf jede einzelne Sache gerichteten Herrschaftswillen nicht für geboten erachtet. Ob darüberhinaus auch ein genereller Herrschaftswille für überflüssig gehalten wird, ist nicht mit letzter Klarheit zu konstatieren. Den Ausführungen auf Seite 50 [93] sollte man jedoch zumindest entnehmen dürfen, daß ein ganz allgemeiner Herrschaftswille ausreicht: Weil der Großvater Gewahrsam an dem Behältnis hat, soll sich sein Herrschaftswille a priori "auf jede Sache" [94] erstrecken. Es würde also sogar ein später ohne

---

90) vgl. Siebert, S. 54 - Siebert bringt eine plastische Gegenüberstellung: Die Anbringung eines Briefkastens am Hause besagt, daß der Briefkastenbesitzer an allen für ihn bestimmten Postsendungen Gewahrsam zu erlangen wünscht. Sein Wille erstreckt sich auf eine bestimmte Vielheit von Sachen, ist also ein genereller. Eine ebensolche Kenntnis ist undenkbar. Erst im Einzelfall kann sich der Empfänger eine Kenntnis verschaffen. Diese bezieht sich dann auf die jeweiligen konkreten Postsendungen, ist also eine spezielle.

91) vgl. RGSt 50/S. 46 f.;

92) Das Reichsgericht argumentiert:es ist "nicht angängig, nur dann von Wegnahme zu sprechen, wenn sich der Nachweis führen läßt, daß der tatsächliche Zustand entsprechend dem Willen des anderen begründet wurde, und dieser die Ausübung der Herrschaft über die Sache auch für sich in Anspruch nimmt, dagegen unter sonst ganz gleichen Umständen zu leugnen, sobald das tatsächliche Herrschaftsverhältnis ohne Wissen des Inhabers entstanden ist und sein Bestehen vielleicht seinem Willen zuwiderläuft. Das entzieht sich in der Regel der Kenntnis des Diebes" (RGSt 50/S.48-49).

93) RGSt 50/S. 50; 94) ebenda;

Wissen des Großvaters hineingelangtes "aliud" -einerlei welcher Art- erfassen.
Eine solche Auslegung des generellen Gewahrsams, wie sie gleichermaßen von der herrschenden Meinung [95] [96] verfochten wird, könnte im Widerspruch zu den sozialen Anschauungen, durch die der Herrschaftswille genauso wie die Sachherrschaftsmöglichkeit seine genauere Ausprägung erfährt, stehen [97].

Dem generellen Gewahrsam liegt der Gedanke zugrunde, daß man Gewahrsam an allen Sachen erwirbt, die in von unserem Herrschaftswillen umfaßte Behältnisse geraten -und zwar, da es um die Begründung von Gewahrsam geht, in Behältnisse, die üblicherweise der Begründung von Gewahrsam dienen. Maßgeblich ist somit, ob den von der jeweiligen Person getroffenen Vorkehrungen und Anstalten von der Sozietät die Bedeutung der Begründung und nicht etwa nur der Erhaltung von Herrschaftsgewalt zuerkannt wird. Die Meinung von Rotering [98], wir hätten Gewahrsam an sämtlichen Sachen, die sich gewöhnlich in unseren Räumen zu befinden pflegen, mit deren Existenz wir also mehr oder weniger rechnen müssen, geht zu weit. Rotering unterläuft genauso wie der herrschenden Meinung der Fehler [99], nicht genügend zwischen dem nach den sozialen Anschauungen beurteilten Willen, Gewahrsam zu erwerben, und dem, Gewahrsam zu erhalten, zu differenzieren. Am Fall des an der Hauswand angebrachten Briefkastens wird deutlich, daß nicht jede in das der Gewahrsamsbegründung dienende Behältnis gelangende Sache erfaßt wird. Durch die spezielle Art bzw. Form der Einrichtung

95) vgl. z.B. Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 20-21;

96) Soltmann, S. 26, lehnt die Entscheidung als zu weitgehend ab; Siebert, S. 56; stimmt dem Reichsgericht zu;

97) auf die Bedeutung der "Anschauungen des täglichen Lebens" für den Herrschaftswillen weist Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 21, hin; so auch Soltmann, S. 26;

98) GS 35/S. 367;

99) das erkennt auch Soltmann, S. 27;

wird vielmehr ein gewisser Rahmen gesteckt: Nur an Postsendungen, nicht aber an beispielsweise spaßeshalber hineingelegten anderen Dingen wird Gewahrsam begründet. Auch die Anerkennung eines bloßen inneren Willens des Behältnisinhabers etwa dahin, an allen in das Behältnis gelangenden Sachen Gewahrsam konstituieren zu wollen, ist nicht angängig, denn nur derjenige wird von der Mitwelt als Sachherrscher akzeptiert, der seinen Willen der Umwelt [100] allgemein verständlich kundgetan hat.

Der Erwerb generellen Gewahrsams soll an einigen Fällen exemplifiziert werden:

(a) Ein Kunde hat sein Portemonnaie im Warenhaus verloren, ein Kinobesucher im Kino, ein Reisender in der Straßenbahn, etc..

(b) Jemand kauft alle Sachen, die auf einem Hausboden herumstehen 101).

(c) Es wird ein Automat aufgestellt.

(d) A hat eine mit Dukaten gefüllte Kassette gekauft. In der Kassette befinden sich, von den Dukaten verdeckt, 2 wertvolle Ringe.

(e) wie (d), nur enthält die Kassette statt -wie vereinbart- 250 300 Dukaten.

(f) Der Räuber R versteckt auf seiner Flucht Wertpapiere in dem Schrankt des A.

(g) wie (d), nur war diesmal nicht die Stückzahl sondern das Gewicht für den Preis der Dukaten ausschlaggebend. Das Gewicht aber ist nach dem Wiegen und vor der Aushändigung an den Käufer versehentlich verändert worden.

Die Beispiele (a) bis (c) sind problemlos als Fälle generellen Gewahrsams zu kategorisieren. Zwar erstreckt sich kein konkreter Herrschaftswille auf die betreffenden Sachen, diese werden aber eindeutig von dem "Vorstellungsrahmen" der Sozietät erfaßt.

---

100) also nicht etwa nur einer einzelnen Person;

101) vgl. dazu Otto, ZStW 79/S. 72;

Die Wertpapiere im Beispiel (f) gelangen nicht in den Gewahrsam des A, denn der Schrank kann nicht als ein großer Briefkasten für alles, was hineinkommt, angesehen werden. Schränke dienen lediglich der Gewahrsamserhaltung. In der Sachverhaltskonstellation (e) ist der Irrtum des Käufers schon deshalb unbeachtlich, weil die Umwelt die verkauften Dukaten, sofern diese sich nicht wesentlich voneinander unterscheiden, als Gattungs- und nicht als Speziessache betrachtet. Entsprechend sind die gewichtsmäßigen Abweichungen in (g) zu beurteilen. Anders könnten sich hingegen die Gewahrsamsverhältnisse an dem Inhalt der Kassette gestalten, wenn -wie im Beispiel (d)- ein "aliud" in Frage steht. Unmaßgeblich ist, daß der "Vorstellungsrahmen" des Käufers, der mehr als nur den Wert oder die Menge der Sachen verkennt, gesprengt wird, denn nach den gewonnenen Erkenntnissen ist nicht auf den einzelnen Käufer oder eine vielleicht "eingeweihte" Person, sondern auf die Sozietät abzustellen. Eine Kassette dient jedoch nach den sozialen Anschauungen nicht der Begründung von Gewahrsam. Trotzdem kommen wir in diesem Fall letztlich doch zu dem gleichen Ergebnis wie in den Fallgruppen (e) und (g): In (d) wird anders als in (f) lediglich bereits einmal begründeter Gewahrsam mittels eines zur Gewahrsamserhaltung geeigneten Behältnisses übertragen. Die Differenzierung zwischen Gewahrsamsbegründung und -erhaltung büßt demzufolge hier ihre Relevanz ein. Entsprechend ist die Rechtslage, sofern sich in einem alten ererbten Schrank in einem Geheimfach Juwelen befinden.

Genauso wie aus generellem Gewahrsam ein spezieller wird, wenn sich das Wissen auf die vorher unbekannten Sachen "verdichtet", kann umgekehrt aus speziellem Gewahrsam wieder ein genereller werden, sobald sich eine Sache der Kenntnis später wieder entzieht, wie es beispielsweise bei im eigenen Hause verlorenen Sachen der Fall ist. Hier wird die ausdehnende Funktion des

vergeistigten Gewahrsamsbegriffs wichtig: Auch die durch das Nachlassen des Erkenntnisvermögens bewirkte Lockerung der physischen Gewalt läßt bestehenden Gewahrsam unberührt.

Fassen wir zusammen:

Genereller Gewahrsam an einer Sache kann nur erworben werden, wenn an der "umfassenden" Sache spèzieller Gewahrsam und darüberhinaus nach den sozialen Anschauungen ein "Vorstellungsrahmen" von den zu erwartenden Sachen besteht.

Der so verstandene Gewahrsam müßte als ein Vermögensobjekt im Sinne des Betrugs, § 263, anzusehen sein.

b. Der Gewahrsam als Vermögensobjekt

Schon frühzeitig hat sich das Reichsgericht mit dem Besitz als Vermögensobjekt beschäftigt. Bereits in dem Urteil vom 10.Januar 1880 [102] heißt es:

Jeder Besitz hat unmittelbar zur Folge die "tatsächliche Möglichkeit, über ein wertvolles Gut zu eigenen Zwecken zu verfügen... und eben die Möglichkeit tatsächlicher Verfügung und Verwertung des detinierten Gutes macht den Besitz als solchen schon zu einem Vermögenswert."

Entsprechend hat sich das Reichsgericht auch später in RGSt 15/S. 427, DJZ 13/S. 484 und in der Plenarentscheidung vom 14. Dezember 1910 [103], wo ausdrücklich ein Bekenntnis zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff abgelegt worden ist, geäußert [104].

---

102) RGSt 1/S. 57;

103) RGSt 44/S. 235;

104) Daß das Reichsgericht in der Regel ausdrücklich von "Besitz" spricht, will nichts besagen. Der bürgerlichrechtliche Begriff des Besitzes deckt sich nämlich grundsätzlich mit dem des Gewahrsams. Beide sind auf die tatsächliche Herrschaft über Sachen ausgerichtet. Von diesem Prinzip bestimmt das bürgerliche Recht Ausnahmen, wie in den §§ 855, 857 und 868, die losgelöst von der Faktizität an ein Besitzrecht anknüpfen und deshalb nicht auf das Strafrecht zu übertragen sind.

Daß der Verlust der tatsächlichen Herrschaftsmacht einen Vermögensschaden ausmacht, kann nach einem wirtschaftlich ausgerichteten Vermögensbegriff nicht angezweifelt werden, da Gewahrsam an einer Sache wegen der mit ihm verbundenen Nutzungsmöglichkeit zu den geldwerten Gütern zu rechnen ist: Jede Sache hat einen objektiven Wert, der sich in Geld, dem offiziellen Wertmesser ausdrücken läßt. Die Höhe des Wertes richtet sich nach der tatsächlichen Möglichkeit, von der Sache Gebrauch zu machen. Es wird also nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff der Gewahrsamsverlust immer dann einen Vermögensschaden darstellen, wenn nicht gleichzeitig ein Äquivalent, welches dem Geldwert der Sache entspricht, dem Vermögen des bisherigen Gewahrsamsinhabers zugeführt wird [105].

Im folgenden soll von diesem heute herrschenden wirtschaftlichen Vermögensbegriff [106] ausgegangen werden. Ihm ist gegenüber dem in der Form starren juristischen Vermögensbegriff [107] der Vorzug zu geben, weil von dem letzteren insbesondere viele strafwürdige Fälle, wie beispielsweise der Kredit-, der Eingehungsbetrug und die Schädigung um Anwartschaften sowie die Erlangung zivilrechtlich nichtiger Forderungen nicht erfaßt werden und allein der wirtschaftliche Vermögensbegriff eine

---

105) Der Anspruch auf Rückgabe der Sache reicht als Äquivalent nicht aus. Der Inhaber des Regreßanspruchs ist wirtschaftlich immer schlechter gestellt als der Gewahrsamsinhaber (die §§ 858 - 862 BGB reden hier eine deutliche Sprache -vgl. Schober, S. 42).

106) vgl. z. B. Jagusch, LK, § 263, Anm. 11 a; auch derselbe, Vorb.II 4 a vor § 249; Olshausen, § 263, Anm.29;Wimmer, NJW 1947/48/S. 242; vgl. aus der Rechtsprechung außer den bereits zitierten Entscheidungen z. B. RGSt 42/S. 181; RG ZAkDR 1938/S. 279 mit Anmerkung von Schaffstein;

107) vgl. z. B. Binding, Lb. 1, S. 355, Anm. 1;Eckstein, GA 58/S. 66 f. (79); und die Kritik zum Beispiel bei Bockelmann, Festschrift, S. 246; Wedekind, S. 49;

rechnerische Saldierung eines etwa mit der Schädigung zugleich erlangten Vorteils von wirtschaftlichem Wert möglich macht [108] [109].

Der Gewahrsam ist also als ein Vermögensobjekt im Sinne des Betrugstatbestandes anzuerkennen. Verfügen kann daher, wer Gewahrsamsinhaber einer Sache ist.

Die von dem Getäuschten aufgrund dieser besonderen wirtschaftlichen Position vorgenommene Vermögensverfügung muß in einem konkreten Verhalten, das die Ausgliederung des betreffenden Vermögensobjekts aus dem eigenen Vermögen nach sich zieht, bestehen, denn nur eine irgendwie geartete Handlung kann für den von einem Sachbetrug vorausgesetzten Vermögensschaden kausal werden.

2. Das äußere Verhalten des Verfügenden

a. Die einzelnen Verhaltensformen

Das Verhalten des Getäuschten wird allgemein [110] in die Alternativen "Handlung", "Duldung" und "Unterlassung" aufgegliedert.

Der von der herrschenden Meinung verwandte Begriff der

---

108) erst später erlangte Vorteile scheiden hingegen aus -vgl. Metz, S. 11, FN 39 mit Nachweisen; Maurach -vgl. die ausführliche Darstellung in BT, II B 4 a,- weist auch nach, daß die juristische Vermögenstheorie infolge ihres formalen Ausgangspunktes nicht nur zu unerwünschten Beschränkungen, sondern -ein nur scheinbarer Widerspruch- auf dem Gebiet des Subjektiven auch zu einer Ausweitung des Betrugstatbestandes führt;

109) Schon allein aus dem letzten Grund erachtet Bockelmann-Kohlrausch -Festschrift, S. 246- eine umfassende Kritik des juristischen Vermögensbegriff für überflüssig. Überzeugend kritisiert auch Grünhut in JW 1926/S. 2296 in Anmerkung 2 und 3 zu RG Nr. 2 und 3 die juristische Vermögenstheorie.

110) z. B. Olshausen, § 263, Anm. 27 c; RG JW 1926/S. 586;

"Handlung" ist dabei nicht in dem umfassenden Sinne des strafrechtlichen Handlungsbegriffs zu verstehen. Vielmehr ist damit jedes positive Tun, jedes aktive Verhalten des Getäuschten gemeint.
Nur wenige Autoren [111] verzichten auf eine ausdrückliche Erwähnung der "Duldung", meist ohne dafür eine Begründung zu liefern. Nagler [112] sagt apodiktisch, daß eine "Duldung" den Begriff der Vermögensverfügung nicht erfüllen könne.

Die "Duldung" und die "Unterlassung" bezeichnen -insoweit sind sich Rechtsprechung und Literatur einig- passive Verhaltensweisen. Dabei wird die "Duldung" vielfach [113] als nur ungewolltes -und deshalb für eine Verfügung unbrauchbares-, die "Unterlassung" hingegen als gewolltes -für eine Verfügung geeignetes- Nichtstun aufgefaßt.
Diese Interpretation kollidiert schon mit dem täglichen Sprachgebrauch: Ein Laie wird gerade in einer "Duldung" regelmäßig eine Zustimmung vermuten: z. B., wenn der Vater "duldet", daß sein noch minderjähriger Sohn sich ein Gewehr kauft und damit schießt. Aber auch juristisch kann ein fremdes Geschehen genauso willentlich wie ungewollt hingenommen werden [114]. Für eine ungewollte "Duldung" spricht beispielsweise der Raubtatbestand, denn eine mit Raubmitteln erzwungene "Duldung" des Opfers erfolgt zweifelsohne gegen dessen Willen:

A bedroht den B, ihn zu erschießen, falls dieser ihm nicht seine Brieftasche aushändigt.

---

111) z. B. Maurach, Fälle, S. 49;

112) LK 6/7, § 263, Anm. II 2b;

113) vgl. z. B. Wimmer, NJW 1947/48/S. 243;
v. Liszt-Schmidt, § 100 I; Frank, § 240, III2;

114) damit ist gleichzeitig der Begriff der Duldung definiert;
vgl. zur Definition Schröder, SJZ 1950/Sp.101;

Dementgegen kann andererseits jemand durchaus mit der physischen Wegschaffung einer Sache durch einen anderen einverstanden sein. Augenscheinlich wird diese Möglichkeit, wenn das Vermögen körperbehinderter Personen betroffen ist: Der gelähmte A möchte gerne, daß der Fuhrunternehmer B seinen Müll abfährt.
Für das "Unterlassen" gilt Entsprechendes: Man kann sowohl freiwillig [115] als auch unfreiwillig z. B. davon absehen, eine Forderung einzuklagen [116]. Für sich betrachtet sind die "Duldung" und "Unterlassung" identisch, denn beide Male tut der Betreffende nichts [117]. Und da es das Verhalten des Getäuschten ist, welches als Element der Vermögensverfügung betrachtet werden soll, nicht aber das des Täters, wäre es irreführend, sich unterschiedlicher termini technici zu bedienen. Deshalb wollen wir das Nichtstun stets "Unterlassung" nennen.

Als Vermögensverfügungen im Sinne des Betrugstatbestandes könnten somit an sich "Handlungen" und "Unterlassungen" in Betracht kommen. Können diese Verhaltensformen als solche -rein äußerlich- für die Qualität der Verfügung als Selbstschädigungsakt Bedeutung gewinnen?

b. Die Relevanz des physischen Verschaffungsakts

In der Praxis ist es selten leicht zu erkennen, ob das getäuschte Opfer die vom Täter erstrebte Sache "gegeben"

---

115) vgl. z. B. RGSt 63/S. 191; 65/S. 100; 70/S. 227;

116) Damit ist gleichzeitig der gravierende Unterschied von Sach- und Forderungsbetrug erhellt: Die Duldung ist auf den Sach-, die Unterlassung auf den Forderungsbetrug beschränkt;

117) Zieht man das Verhalten des Täters in die Betrachtung ein, kann man das Dulden als eine spezielle Form des Unterlassens bezeichnen (so Schröder, SJZ 1950/Sp. 101).

- also "gehandelt" - hat oder aber der Täter die Sache "genommen" - der Betroffene mithin "unterlassen" - hat. Eine solche Konkretisierung nach dem bloßen Sprachgebrauch - der Dieb nimmt, das betrogene Opfer gibt - ist von bloßen Zufälligkeiten wie Lagerungsort, Größe und Gewicht der Sache und physischen Möglichkeiten des Getäuschten und Täters abhängig. Die Unmöglichkeit einer Grenzziehung zwischen den Begriffen "geben" (Betrug) und "nehmen" (Diebstahl) wird besonders deutlich, wenn sich beide, Täter und Opfer, am Verschaffungsakte beteiligen, z. B. jeder von ihnen ein Stück transportiert oder aber beide die Sache wegen ihres außergewöhnlichen Gewichts nur gemeinsam an ihren Bestimmungsort bringen können. Im übrigen ist zu bedenken, daß nun einmal ein jedes Hin"geben" auch ein dazugehöriges Ansich"nehmen" des Täters aus der hingabebereiten Hand des Getäuschten bedingt. Wimmer [118] und Weingart [119] charakterisieren diesen Vorgang zutreffend als ein "halbes Geben und halbes Nehmen".

Damit ist verdeutlicht, daß der physische Verschaffungsakt als Kriterium des Verfügungsbegriffs praktisch unbrauchbar ist, weil er es nicht ermöglicht, dem Getäuschten einen Erfolg exakt zuzurechnen.

II. Subjektive Voraussetzungen für eine Vermögensverfügung

1. Ableitung des Willenselements

Beim Sachbetrug befindet sich die vom Schwindler begehrte Sache in einem fremden Vermögen. Bevor dieser sie wirtschaftlich nutzen kann, muß die Sache aus fremder Herrschaftsmacht

---

118) NJW 1947/48/S. 242

119) S. 1o;

ausgegliedert werden -und zwar, wie es das Gesetz vorschreibt-, von dem Opfer infolge eines Irrtums. Deshalb kann die Vermögensverfügung beim Sachbetrug auch nicht in einem bloßen "inhaltsleeren" äußerlichen Verhalten bestehen. Der innere Vorgang des Täuschungseffektes muß nach außen "umgesetzt" werden: Es muß sich zwischen den inneren Vorgang des Irrtums und den äußeren des Vermögensschadens ein Verbindungsglied schieben, das den Irrtum nach außen wirksam werden läßt. Das kann aber nur eine Willensbetätigung sein, denn nur mittels einer Willensbetätigung können innere Vorgänge nach außen übertragen werden: Die Willensbildung des Getäuschten vollzieht sich mithin beim Sachbetrug in zwei Stufen [120], die zwar theoretisch trennbar sind, in Wirklichkeit aber meist ineinander fließen -der Willensentschließung als 1. Stufe und der Willensbetätigung als 2. Stufe.
Damit ist das materielle Element der Vermögensverfügung beim Sachbetrug gewonnen [121].

2. Inhalt des Willenselements

Wie ist dieses das Verhalten des Getäuschten begleitende und bestimmende Willenselement ausgestaltet?

a. Die Rechtsgeschäftstheorie

Eine heute nicht mehr vertretene Ansicht [122] behandelt nur

120) vgl. Maurach, BT, § 12 II 2; Rosenfeld, VDB, V, S. 393;

121) auch die herrschende Meinung hält den inneren Willen des Getäuschten für wesentlich, wobei regelmäßig nur Praktikabilitätserwägungen ins Feld geführt werden (vgl. z.B. Meister, MDR 1947/S. 251; Schröder ,ZStW 60/S. 40; Trapp, S. 32; Weingart, S. 26; Schneider, S. 83; Rotering, GS 60/S. 24 0 f. (254); Wimmer, NJW 1947/48/S. 242; aus der Rechtsprechung z.B. BGH NJW 1952/S.782; 1953/73 f. (74); BGH JZ 1968/S. 637; OLG Hamm, NJW 1969/S. 620); bereits Feuerbach, § 318, und Escher, S. 257, 275, erkannten das Willenselement als materielles Erfordernis der Verfügung an.

122) vgl. z. B. Binding, Lb., S. 352-353;RGSt 8/S. 12 f. (13); 28/S. 144; 64/S. 226 f. (228);

Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen des Getäuschten als Vermögensverfügungen. So heißt es bei Merkel [123]:

"Nicht einmal die formelle Rechtsbeständigkeit der seitens des Getäuschten übernommenen Verbindlichkeit ist als eine Bedingung des vollendeten Betrugs zu betrachten. Die Nichtigkeit derselben ist vielmehr durchaus gleichgültig, wenn nur der Getäuschte die Absicht hatte, Rechte für den anderen zu begründen, und er der Meinung war, durch seine Handlung wirklich ein rechtliches Band für sich zu knüpfen".

Nur unwesentlich anders formuliert von Bar [124]: " ... die Verfügung muß eine juristische, und zwar eine juristisch wirksame sein, eine Verfügung, welche geeignet ist, auf den Betrüger (oder dessen Stellvertreter) ein Recht zu übertragen. Wird nämlich der Getäuschte nur zu einer rein faktischen Verfügung über ein Vermögensstück veranlaßt ..., so kann der Täuschende ... nur wegen des in jener Anmaßung liegenden anderweitigen Delikts, etwa wegen Diebstahls ... bestraft werden ... es ist Diebstahl, wenn jemand eine zurechnungsunfähige Person ... bestimmt, ihm eine Sache zu schenken."

Beide sind die profiliertestens Verfechter der Rechtsgeschäftslehre, die für das zu dieser Zeit gerade bei den Vermögensdelikten vorherrschende zivilistische Denken einfach selbstverständlich war.

Das Reichsgericht hat erst verhältnismäßig spät zu einer einheitlichen Linie gefunden. Bezüglich der dogmatischen Frage wird in der Entscheidung des 1. Senats vom 27. Mai 1930 [126] bemerkt:

"Indessen darf der hier aufgestellte, im Gesetz nicht zum Ausdruck gebrachte tatbestandliche Begriff eines "Verfügens" nicht zu eng (!) gefaßt werden. Er kann vielmehr nichts anderes bedeuten, als daß durch den vom Täter erregten Irrtum der Getäuschte zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln bestimmt wird, das rechtlich in den Vermögensbestand eines anderen eingreift".

Bereits am 22. Dezember 1925 hatte sich derselbe Senat in einem Urteil zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff und zu einer entsprechend orientierten Betrachtungsweise des Merkmals Vermögens-

---

123) HH III, S. 775; vgl. auch Krim.Abh.S. 207;

124) GS 4o/S. 481 f. (492 - 493);

125) so Bruns, S. 233; a.A. Naucke, S. 115, Fußnote 89;

126) RGSt 64/S. 226 f. (228);

verfügung bekannt: "Entsprechend der wirtschaftlichen Natur der Vermögensbeschädigung reicht auch zur Erfüllung des Begriffs der Vermögensverfügung jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen aus, das eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne bedingt, es ist nicht erforderlich, daß die durch den Irrtum veranlaßte Willensbetätigung eine unmittelbar rechtliche Wirkung hat und sich als eine Willenserklärung im privatrechtlichen Sinne darstellt" 127).

Merkel [128] weist ausdrücklich darauf hin, daß Unterlassungen von einem zivilrechtlich geformten Verfügungsbegriff nicht erfaßt werden können, denn ein Rechtsgeschäft ist als ein Willensakt stets etwas Positives. Daß die Existenz eines Willensentschlusses unter Umständen aus einem Unterlassen -zum Beispiel Schweigen- geschlossen werden kann, steht dem nicht entgegen [129].

Anderer Ansicht ist Binding [130], der -von seiner Konzeption her nicht ganz einzusehen- offensichtlich aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus nicht nur einen Betrug gegenüber Geschäftsunfähigen akzeptiert [131], sondern auch einem Unterlassen Verfügungscharakter beimißt.
Mögen Geschäftsunfähige auch im Strafrecht ebenso schutzwürdig wie Geschäftsfähige sein und mag eine Eliminierung von Unterlassungen zu nicht unerheblichen Strafbarkeitslücken führen, so ist Bindings Meinung doch als inkonsequent abzulehnen: Wer sich für die Vermögensverfügung am Zivilrecht orientiert, darf nicht allein aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus einzelne Begriffe oder Vorschriften ausklammern.
Aber auch eine konsequent verfolgte Rechtsgeschäftslehre -wie von v. Bar praktiziert- ist heute als überholt anzusehen, da diese Theorie untrennbar mit dem juristischen Vermögensbegriff ver-

---

127) JW 1926/S. 586;

128) Kr.Abh., S. 207;

129) vgl. dazu Jacobowitz, S. 79, dort auch Nachweise für die im Zivilrecht vertretene Gegenansicht;

130) Lb. 1, S. 354;

131) Binding, aaO.,S. 354; in diesem Umfang verzichtet auch Merkel, Kr.Abh.,S. 199, bei dem von ihm konzipierten Verfügungsbegriff auf zivilrechtliche Bindungen;

knüpft ist: Eine Vermögensverfügung soll nur dann angenommen werden können, sofern das Opfer über Vermögensrechte [132] disponiert [133]. Für eine wirtschaftlich verstandene Selbstschädigung ist es aber nicht notwendig, daß das Opfer im Einklang mit der Zivilrechtsordnung handelt [134] [135].

b. Der Gegenstand des Willens - bewußte und unbewußte Vermögensverfügungen

Es ergibt sich folgende Fragestellung:

Wie müssen die kognitiven Voraussetzungen für eine nicht am bürgerlichen Recht orientierte Vermögensverfügung beschaffen sein?

Nach der Intensität des Täuschungseffekts läßt sich eine Stufenfolge der Möglichkeiten bilden:

(I) Der Betroffene weiss "nichts" in Bezug auf das vom Täter erstrebte Vermögensobjekt.

Beispiel: A und B, die gerade ein Klavier aus der Wohnung des C transportieren, sehen, dass C ihnen entgegen kommt. Um die Aktion erfolgreich zu Ende zu führen, tun sie so, als hätten sie das Klavier aus der Wohnung des Nachbarn geholt. Es gelingt ihnen, an C, der die Täter zwar sieht, aber das Klavier nicht als sein Eigentum erkennt, vorbeizukommen und es auf ihr Fahrzeug zu laden und zu verschwinden. (Klavierfall (I))

---

132) vgl. Binding, Lb 1, S. 352 f.; Merkel, HHIII S. 755 und 777 Anm. 10; v. Bar, GS 40/S. 492;

133) es genügt also keine Verfügung über bloße Vermögenswerte;

134) die zweifelsohne vorhandenen systematischen Vorteile dieser Lehre -eine einwandfreie Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl ist gewährleistet (eine Eigentumsübertragung schließt den Diebstahlstatbestand aus) - vermögen daran nichts zu ändern;

135) auch die herrschende Meinung lehnt die Rechtsgeschäftslehre ab -vgl. RG JW 1926/S. 586, BGHSt 14/S. 170 f. (171); Schünemann, GA 1969/S. 50; Maurach, BT, § 38 II B3a; Welzel, Lb., § 54 I, 3;

C. weiss nicht, dass er geschädigt wird, ja nicht einmal, daß eines seiner Vermögensobjekte durch die von A und B durchgeführte Transaktion tangiert wird.

(II) Das Opfer weiss, daß "sein" Vermögensobjekt durch die Transaktion betroffen wird.

Beispiel: C kommt nach Hause und sieht zu, wie zwei Männer "sein"Klavier aus dem Hause tragen. Er hält A und B für die von ihm bestellten "Möbelpacker". (Klavierfall (II))

(III) Der Getäuschte hat Kenntnis von der vermögensverschiebenden Wirkung der Transaktion (Bewußtsein der Vermögensaussonderung bzw. Vermögensübertragung oder "Gewahrsamsübertragungswille".

Beispiel: C hat sein Klavier veräussert und erwartet den Käufer A, der das Klavier abholen kommen wollte. B macht sich die Gelegenheit zunutze, gibt sich, da er weiss, dass der B dem C persönlich nicht bekannt ist, als Käufer aus und holt das Klavier ab. (Klavierfall (III))

C ist sich bewusst, daß er seines Gewahrsams an dem Klavier verlustig geht.

(IV) Das Opfer ist sich des vermögensschädigenden Charakters der Disposition bewusst (Bewusstsein der Vermögensschädigung bzw. Irrtumsrelevanz).

Die IV. Kategorie läßt sich anhand der sog. Spendenbetrügereien erhellen (obgleich bei diesen letztlich doch noch ein Vermögensschaden bejaht wird):

Beispiel: A gibt vor, für das DRK zu sammeln und erhält aufgrund seiner Vorspiegelung von B DM 10,--.
B weiss, daß er seinen Geldschein endgültig verliert und sein Vermögen um den genannten Betrag verringert wird.

Dieses auf der (IV.) Stufe orientierte Bewußtsein der Vermögensschädigung ist als für das Wesen des Betrugs bedeutend erkannt worden. Es betrifft das Problem, ob ein Schaden dem Verfügenden zuzurechnen ist.

Entsprechend den aufgezeigten Möglichkeiten haben sich in Rechtsprechung und Schrifttum hinsichtlich der übrigen Stufen folgende Theorien herauskristallisiert.

aa. Die "Einwilligungstheorien"

Da die Selbstschädigung des Getäuschten zumindest äußerlich der tatbestandsausschließenden "Einwilligung des Verletzten vergleichbar erscheint, -in beiden Fällen "billigt" das Opfer Rechtsgutverletzungen- könnte an eine Übertragbarkeit oder zumindest Verwertbarkeit der im wesentlichen im Zusammenhang mit der "Einwilligung" in Körperverletzungen herausgearbeiteten Lehren für die Vermögensverfügung gedacht werden.

aaa. Die sog. Erfolgstheorie

Die sog. Erfolgstheorie [136] stellt, wie der Name bereits sagt, auf den Erfolg der Täterhandlung ab. Es wird argumentiert: Wenn die Einwilligung eine Willensübereinstimmung zwischen dem Täter und dem Verletzten bedeute, müsse sie sich notgedrungen auch auf den Erfolg der Täterhandlung beziehen.

Nach der sog. Erfolgstheorie müßte mithin der Getäuschte mit dem Gewahrsamsverlust einverstanden sein, damit eine relevante Verfügung angenommen werden kann. Mit der Begründung Hälschners [137], die Handlung des Täters als solche sei nur ein Mittel zum Zweck, deshalb sei die Einwilligung in eine Handlung ein logischer Widersinn, -wer die Ursache wolle, wolle genauso dessen Wirkung [138]- läßt sich die Erfolgstheorie sicherlich nicht für den Verfügungsbegriff rechtfertigen. Wenn der Getäuschte zwar mit

136) vgl. Holer, S. 75 f.; Gerland, VDBII, S. 487 f. (492) Hälschner ; GS 35/S. 161 f.(besonders S. 175); vgl. auch E. Schmidt, JZ 1954/S. 369;

137) vgl. aaO.;

138) Geerds nennt folgendes Beispiel: Wer eine bestimmte kosmetische Veränderung wünscht, willige auch in jede mögliche Art operativer Eingriffe, die diesen Erfolg zeitigen, ein, - S. 53.

der Transaktion einverstanden -also die Ursache will-, ihm aber der Gewahrsamsverlust unerwünscht ist, vernähme der Getäuschte für den Fall, daß das Gericht sich der von Hälschner konzipierten Erfolgslehre bedient, erstaunt, daß er etwas gewollt haben soll, was er nicht gewollt hat. Der Täter würde mit dem Paradoxon konfrontiert, daß der Vermögensträger ihm willentlich die erstrebte Sache ausgehändigt hätte, seine Täuschungsmanöver, die dem Opfer gerade den Vermögensverlust verschleiern sollten, wären somit überflüssig gewesen. Dem Strafrichter fiele die unwürdige Rolle zu, um "richtig" entscheiden zu können, einen Sachverhalt verfälschen, einen Scheinsachverhalt konstruieren zu müssen.

bbb. Die Handlungstheorie

Andere Autoren [139] vertreten eine strenge Handlungstheorie. Die Einwilligung wird von ihnen lediglich auf das eigentliche Handeln bezogen, weil ihrer Ansicht nach nur in dieser Hinsicht eine Willensübereinstimmung zwischen Täter und Opfer vorliegen könne: Der tatsächliche Erfolgseintritt müsse dem Verletzten durchaus nicht erwünscht sein. Für diese Lehre lassen sich beispielsweise der sportliche Boxkampf und das studentische Mensurenschlagen anführen. Die Teilnehmer an derartigen Veranstaltungen wollen regelmäßig nicht, daß es dem Partner gelingt, sie zu treffen und zu verletzen. Nach einer Handlungstheorie würde der Getäuschte lediglich die bloße Transaktion zu billigen brauchen. Die Gewahrsamseinbuße könnte ihm unerwünscht oder aber verborgen bleiben.

Honig [140] wendet zu Recht gegen eine Allgemeingültigkeit einer Handlungstheorie ein, daß die Handlung als solche an und für sich nur bei Tätigkeitsdelikten Gegenstand der "Einwilligung"

---

139) vgl. Keßler, S. 26; Nathan, S. 3 f.;

140) Einwilligung, S. 172; so auch Rozycki, S. 24;

sein könne, nicht jedoch bei Erfolgsdelikten, denn es wolle z.B. kein Kranker, der einen sanften Tod erfleht, mit Arsenik getötet werden. Danach wäre diese Lehre auch für den Betrug unbrauchbar.

ccc. Die Mittelmeinung

Die herrschende Meinung [141] bedient sich einer vermittelnden Theorie. Als möglicher Gegenstand der "Einwilligung" werden sowohl die Handlung als auch der Erfolg angesehen: Je nach Straftatbestand soll sich der Unrechts- bzw. Tatbestandsausschluß einmal mehr hinsichtlich des Handelns, ein ander Mal mehr bezüglich des Erfolgs einschränken.

Diese dritte Theorie erhellt, daß sich mit den zu der tatbestandsausschließenden Einwilligung in Verletzungen entwickelten Lehren nicht begründen läßt, wie das materielle Kriterium der Vermögensverfügung ausgestaltet ist, vielmehr erst noch eruiert werden muß, worauf sich der positive Wille des Opfers gerade beim Betrug beziehen muß. Andererseits ist gegen die Zugrundelegung einer jeden Art von Handlungstheorie einzuwenden, daß das Opfer beim Betrug regelmäßig in keine "Handlung" des Täters, wie beispielsweise bei Körperverletzungen, sondern in eine eigene "Handlung" "einzuwilligen" hat. Mag auch jede der genannten Theorien in gewisser Weise unter Umständen im Endeffekt zu einer Präzisierung des Willenselements führen können, wollen wir sie doch, da ihnen keinerlei Beweiskraft zukommt, vernachlässigen.

bb. Die verschiedenen Ansichten bezüglich der kognitiven Voraussetzungen für den Verfügungsbegriff

Der für die Vermögensverfügung bedeutsame Meinungsstreit um die

141) vgl. Geerds, S. 56 f.; Träger, S. 140 f.; v.Bar, Gesetz, S. 62; Hartung, NJW 1954/S. 1125 f. (insbesondere S. 1126); Creifelds, S. 67; Mühlmann, S. 60;

an die Disposition zu stellenden intellektuellen Erfordernisse in der Person des Getäuschten spielt sich auf den dargestellten Erkenntnisstufen (I) bis (III) ab. Die Vertreter der differenten Ansichten unterscheiden -sieht man von Otto [142] ab- nicht ausdrücklich zwischen Sach- und Forderungsbetrug. Für sie entbrennt die Diskussion -soviel sei schon jetzt angemerkt- um das von dem Getäuschten eingeschlagene Verhalten, insbesondere die sog. Duldung, nämlich die Frage, ob es beim Sachbetrug unbewußte Unterlassungen geben kann oder aber stets ein sog. Gewahrsamsübertragungswille zu fordern ist.

Im wesentlichen stehen sich drei Auffassungen gegenüber:

Eine in neuerer Zeit von E. Schmidt [143] mit besonderem Nachdruck verfochtene Meinung läßt nur solche Transaktionen als Vermögensverfügungen gelten, die von dem Opfer als Eingriffe in eigenes oder fremdes Vermögen in vollem Umfang gewollt sind: Der Getäuschte müsse wissen, daß er ein konkretes Vermögensobjekt aus seinem oder einem fremden Vermögen aussondert und dem Vermögen des Täters zuführt.

C muß also, damit die Täter § 263 erfüllen, wissen, daß er die Sachherrschaft an dem Klavier verliert. Die Fälle der Kategorie (I) und (II) wären danach nicht unter den Betrugstatbestand zu subsumieren.

Herrschend ist die Ansicht [144] der auch die Rechtsprechung des

142) vgl. insbesondere ZStW 79/S. 70 - 71;

143) vgl. Niederschriften, S. 36; JZ 1952/S. 542; auch Jacobowitz, S. 80 - 81; man könnte ein Bewußtsein der Vermögensaussonderung als eine Reminiszenz an die Rechtsgeschäftslehre ansehen und insofern als einen Anachronismus betrachten, denn nach der Rechtsgeschäftslehre mußte ja ein Erfolg, der als Schaden im Sinne des Betrugs in Frage kommen sollte, gewollt sein;

144) vgl. z. B. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 42; anders aber unter Rdn. 43; Maurach, BT, § 38 III B 3a, S. 312; Jagusch, LK, § 263, Anm. 4; weitere Nachweise bei Gallas, aaO.,S.421, FN 56; Der E 62 läßt die Frage offen -vgl. § 252, S. 422 f.;

Reichsgerichts [145] und des Bundesgerichtshofs [146] folgt, die sowohl bewußte als auch unbewußte Verfügungen -einerlei welcher Art- zuläßt. Üblicherweise wird die Vermögensverfügung als jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar einen Vermögensschaden zur Folge hat, definiert.

C braucht hiernach also nicht einmal zu erkennen, daß es "sein" Klavier ist, das die Täter forttragen und diese würden dennoch § 263 erfüllen.

Außer den beiden extremen Auffassungen sind die von Hardwig [147], Schröder [148], Otto [149] und Welzel [150] bezogenen Mittelpositionen erwähnenswert.

Hardwig knüpft an die Art des Verhaltens des Getäuschten an und meint, der Betroffene müsse sich seiner Vermögensverfügung bewußt sein, wenn mittels "positiven Tuns" disponiert werde, nicht hingegen, wenn sich der eingetretene Vermögensschaden auf ein "Unterlassen" zurückführen lasse. Denn, so argumentiert Hardwig, der Verfügende "muß wissen, daß er gibt, sonst fehlt es an einer irrtümlichen Weggabe" [151].
Die rechtliche Beurteilung würde also in den vorangestellten Klavierfällen unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob das Opfer den Tätern freundlicherweise behilflich ist, oder aber der Betroffene die Täter einfach gewähren läßt -mithin "unterläßt".

---

145) vgl. RGSt 66/S. 392; 70/S. 225 f. (227);

146) vgl. BGHSt 14/S. 170 f. (172); 19/S. 45; vgl. auch OLG Köln, JMBl NRW 1966/S. 210; anderer Ansicht ist neuerdings aber das OLG Hamm, NJW 1969/S. 620 f.;

147) GA 1956/S. 6, FN 1;

148) vgl. z. B. ZStW 60/S. 42 f., 46, FN 18;SJZ 1950/Sp.95 f.;

149) ZStW 79/S. 65, 67 f., insbesondere S. 68;

150) Lb.11, S. 371;

151) Hardwig, GA 1956/S. 6, FN 1;

Für die von Hardwig vertretene Lehre lassen sich keine überzeugenden Gründe vorbringen. Warum dem Unterlassen gegenüber dem positiven Tun eine differente Bewertung zukommen soll, ist nicht recht verständlich, denn der Sinngehalt [152] von positivem Tun und Unterlassen nimmt sich nichts, wenn man berücksichtigt, dass der physische Verschaffungsakt für die Tatbeurteilung unmassgeblich ist und allein der innere Wille des Getäuschten entscheidet [153].

Der Einwand Hardwigs [154], die Unhaltbarkeit des von der herrschenden Auffassung vertretenen Verfügungsbegriffs ergebe sich daraus, daß auch Sachverhalte wie der Autogramm-Fall unter den Betrugstatbestand subsumiert würden, greift nicht durch: Dieses Beispiel [155] -der Täter erschleicht ein Autogramm und ergänzt dieses später zu einer Schuldurkunde- ist nicht stichhaltig. Hardwig übersieht, daß die Phalanx der Vertreter des extensiven Verfügungsbegriffs ausdrücklich auf das Erfordernis eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen dem Verhalten des Getäuschten und dem eingetretenen Vermögensschaden hinweist. Und im Autogramm-Fall schädigt sich das Opfer noch nicht, indem es seinen Namen schreibt. Der Betrug liegt erst in der Benutzung der Urkunde [156]. Im übrigen handelt es sich hier um kein Problem des Sach- sondern um ein solches des Forderungsbetrugs.

Schröders Standpunkt ist nicht ganz eindeutig zu fixieren. In dem Kommentar von Schönke-Schröder, § 263 Rdn. 42, ist sehr klar formuliert:

---

152) Auch der Unrechtsgehalt der Täterhandlung ist gleich groß, einerlei, ob das Opfer irrtumsbeeinflußt tätig wird oder unbewußt unterläßt. In beiden Fällen wird in gleichem Umfang auf die Willensbildung eingewirkt und infolgedessen jemand in seinem Vermögen geschädigt.

153) Es kann sowohl willentlich als auch unwillentlich positiv etwas getan, bzw. etwas unterlassen werden.

154) seine Behauptung belegt er allerdings nicht durch Zitate;

155) vgl. Hardwig, GA 1956/S. 6, FN 1;

156) vgl. dazu Otto, aaO., S. 69;

"Gleichgültig ist, ob der Getäuschte weiss, daß er eine Vermögensverschiebung veranlaßt, die Verfügung also bewußt oder unbewußt erfolgt. Letzteres ist vor allem bei Verfügungen durch Unterlassen denkbar (z.B. Nichtgeltendmachung einer Forderung), jedoch auch bei positivem Tun."

Im Widerspruch zu diesem Bekenntnis zum weiten Verfügungsbegriff stehen jedoch die in der gleichen Auflage des Kommentars wenige Zeilen weiter unten gemachten Ausführungen[157]:

"An einer Vermögensverfügung fehlt es, wenn der Gewahrsamsinhaber infolge der Täuschung die Wegnahme der Sache duldet. Entscheidend für die Grenzziehung zwischen Betrug und Diebstahl ist in diesen Fällen die Willensrichtung des Verfügenden."

Der Inhalt dieser Passage entspricht Schröders früher geäusserter Ansicht [158], wo er entscheidendes Gewicht darauf legte, ob der Getäuschte sich selbst als "causa" der Vermögensverfügung fühlte. Deshalb soll im folgenden davon ausgegangen werden, daß Schröder für den Sachbetrug einen Gewahrsamsübertragungswillen verlangt, mithin nur für die Beispiele der Kategorie (III) zu einer Betrugsstrafbarkeit der Täter gelangen würde [159].

Schröder [160] bedient sich zur Begründung seiner Theorie der von Hegler [161] entwickelten Konzeption vom Betrug als einem "Vermögensverschiebungsdelikt". Diese logisch-dogmatische Erwägung, der Betrug sei ein "Vermögensverschiebungsdelikt" "mit", der Diebstahl dagegen ein solches "ohne" Übertragungs-

157) aaO., Rdn. 43;

158) vgl. z.B. ZStW 60, S. 46;

159) In einem dem Klavier-Fall (II) vergleichbaren Sachverhalt - dem Transportarbeiter-Fall (A hatte für seinen Umzug innerhalb des Ortes Transportarbeiter bestellt. Am Morgen erscheinen "falsche" Arbeiter und laden im Beisein von A dessen Sachen auf ihren Wagen und verschwinden damit auf Nimmerwiedersehen) gelangt Schröder konsequenterweise zu einer Strafbarkeit nach § 242;

160) vgl. ZStW 60/S. 46; SJZ 1950/Sp. 97;

161) vgl. VDB VII, S. 406 f.; ArchRuWPh 9/S. 375;

willen [162] des Gewahrsamsinhabers, kann ohne den Nachweis, der Gesetzgeber sei bei der Schaffung der Deliktsnormen von diesem zweifellos der Systematik der Vermögensdelikte dienenden Verhältnis der Tatbestände ausgegangen, nicht zur Interpretation des erst nachträglich in den Betrug projizierten Begriffs der Vermögensverfügung verwandt werden, denn Gesetze sind keine Gebilde der Logik: Der Betrugstatbestand soll vom Gesetzgeber als strafwürdig angesehene Sachverhalte erfassen. Lebensvorgänge aber folgen den Gesetzen der Kausalität und lassen sich nicht mit den Regeln der Logik erklären. Zwischen ihnen herrscht ein Widerspiel zwischen Ursache und Wirkung. Ein Strafgesetz wie die Vorschrift des § 263 soll hingegen nicht die Erkenntnis vorantreiben [163].

Eine der Schröderschen Auffassung vergleichbare Meinung verficht Otto [164]. Er geht von dem Klavierfall (II), dem Schröderschen Transportarbeiterfall sowie dem Bezirksvertreterfall [165] aus und argumentiert:

---

162) vgl. Hegler, VDB, VII, S. 407;

163) Ob der Betrugstatbestand, wie Schröder behauptet, durch eine -keinen Übertragungswillen fordernde - extensive Auslegung "ausgehöhlt" (Schröder, SJZ 1950/Sp. 97) und sein Gesicht verlieren würde (Schröder,ebenda) und der Tatbestand des § 263 kein "festumrissenes Profil" (derselbe,ebenda) mehr hätte, wird sich im weiteren Verlauf der Arbeit zeigen. Welches "Gesicht" der Betrug hat und ob sich das Opfer auch als "causa" der Vermögensverschiebung "fühlen" muß (so Schröder, ZStW 60/S. 46; ebenso Grünhut, JW 1926/S. 1197) ist jedenfalls nicht allein mit systematischen Erwägungen sondern aus dem Sinngehalt der Norm zu begründen.

164) vgl. ZStW 79, insbes. S. 67 f.;

165) vgl. Otto, aaO. S. 67 - 68: In einer Firma erhalten die 8 Bezirksvertreter zu Weihnachten jeder ein gleiches Geschenk. Die Geschenke werden einzeln von den Vertretern im Geschäftszimmer entgegengenommen. Anschließend treffen sich die Vertreter in einem Nebenraum, wo sie die Geschenke in einer Ecke ablegen. Unbemerkt von den anderen bringt X sein Geschenk fort, kehrt zurück, ergreift ein weiteres Geschenk, verabschiedet sich lauthals von seinen Kollegen und verläßt den Raum.

Wenn "es überhaupt einen Sinn hat, beim Betrug von einem Selbstschädigungsdelikt zu sprechen, so zeigen diese Fälle klar, daß hier keine Selbstschädigung vorlag."

'Wer (scil. wie das Opfer in den Beispielen) einen Gewahrsamsbruch äußerlich sieht, ohne die Tatsache des Gewahrsamsverlustes zu erkennen,'

begründet Otto seine Auffassung weiter,

"... verfügt nicht über sein Vermögen durch Unterlassen. Ihm kann sein bloßes Nichtstun nicht als Unterlassen derart zugerechnet werden, daß die eingetretene Vermögensminderung als sein eigenes Werk erscheint " 166).

Warum der Schaden als "Werk" des Getäuschten angesehen werden muß, wird nicht ausgeführt.

Fallkonstellationen wie der Klavier-Fall (II) und der Transportarbeiter-Fall sind jedenfalls entgegen Otto [167] sicherlich nicht der folgenden zweifellos nicht unter § 263 zu subsumierenden Sachlage vergleichbar: Der Eigentümer eines Autos sieht, wie jemand mit diesem davonfährt, vergißt aber in seiner Überraschung ein Hindernis zu bereiten.

Einerseits fehlt es hier für einen Betrug genau so wie im Bezirksvertreter-Fall bereits an einer Irrtumserregung [168]. Andererseits ist das Opfer hier nicht einmal wie etwa im Klavier-Fall (II) mit der Transaktion als solcher einverstanden.

Auf Schröders und Ottos Spuren bewegt sich das Oberlandesgericht Hamm [169]: Es fordert für den Verfügungsbegriff einen Gewahrsamsübertragungswillen.

---

166) ZStW 79/S. 68;

167) aaO., S. 67;

168) unter Umständen schon an einer Täuschungshandlung oder aber an einem Ursachenzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtumserregung;

169) NJW, 1969/S. 620 f.;

Eine der Hardwigschen Ansicht genau konträre These vertritt Welzel [170]. Im Prinzip geht Welzel mit der herrschenden Meinung konform, denn er akzeptiert grundsätzlich unbewußte Vermögensverfügungen. Ohne jegliche Begründung klammert er jedoch -zwischen Sach- und Forderungsbetrug nicht differenzierend- "unbewußte Unterlassungen" aus dem Verfügungsbegriff aus [171].

cc. Lösungsvorschlag

Der Gesetzeswortlaut gebietet keine Beschränkung auf sog. bewußte Vermögensverfügungen beim Sachbetrug. Die Sachverhalte der Kategorien (I) bis (III) könnten danach also an sich ohne Schwierigkeiten unter § 263 subsumiert werden.

Aus der historischen Entwicklung der Betrugsnorm lassen sich keine sicheren Schlüsse ziehen.

Der strafrechtliche Handlungsbegriff vermag uns bei der Durchdringung des Verfügungsbegriffs gleichfalls kaum Dienste zu leisten, da es hier nicht die "Handlung" des Täters - eine strafbare- sondern das Verhalten des Opfers -in den Regelfällen eine straflose "Handlung"- [172] zu beurteilen gilt.

Hinweise für die Konkretisierung des materiellen Verfügungselements lassen sich jedoch aus der Struktur des Betruges her-

170) Lb., § 54 I, 3;

171) Maurach, BT, § 38 II B 3a, führt eine weitere Ansicht, die jede bewußte Verfügung beliebiger Art genügen läßt, an. Von wem eine solche Meinung verfochten wird, ist nicht ersichtlich. Auch Maurach versäumt es, Fundstellen zu zitieren.

172) Auch die Vermögensverfügung im Sinne des § 263 kann entgegen Hälschner -aaO., II, S. 269 - ausnahmsweise einmal in einem strafbaren Verhalten erblickt werden - allerdings nur dann, wenn der Verfügende mit seinem Verhalten nicht den gleichen Zweck wie der Täter des Betrugs verfolgt. Schober, S. 29, konstruiert den Fall, daß jemand Bretter aufgrund einer Täuschung auflädt und gleichzeitig gegen die Sonntagsruhe, § 366, Nr. 1, verstößt.

leiten:

Im tatbestandlichen Ablauf des Betrugs gibt es nur ein einziges Verhalten, das als das Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden, als die Vermögensverfügung betrachtet werden kann. Der Getäuschte mag zwar aufgrund des Irrtums mehrere differente Verhaltensweisen einschlagen, ihm ist es aber logisch unmöglich, gleichzeitig in zweifacher Weise zu handeln. So kann es zwar vorkommen, daß der Betroffene täuschungsbedingt mehrere Verfügungen trifft. Die Verfügung selbst läßt sich jedoch nicht in weitere Teilakte aufgliedern: Eine "Handlung" bleibt stets eine "Handlung" und ein"Unterlassen" bleibt ein einziges "Unterlassen". Wenn nun aber die Verfügung im Endeffekt aus einem einzigen Akt bestehen und dem Opfer gleichzeitig die vermögensschädigende Wirkung seines Verhaltens verdeckt bleiben muß (Irrtumsrelevanz), darf sich der Getäuschte beim Sachbetrug, sofern der Vermögensschaden auf "objektive Ebene" eintritt, d. h. keine bloße "Zweckverfehlung" [173] gegeben ist, nicht des Gewahrsamsverlustes bewußt werden. Und es sind keine zwingenden Gründe dafür ersichtlich, einen Vermögensschaden beim Sachbetrug lediglich auf "subjektiver" und nicht bereits auf"objektiver Ebene" anzuerkennen.

Die genannten Konsequenzen gelten -prima vista vielleicht ein wenig überraschend- auch für das vielzitierte Beispiel von dem Täter, der sich von seinem Opfer ein Buch "ausleiht", um es zu veräußern. Die Verfügung liegt auch hier in einem einzigen Akt und dem Opfer wird gleichfalls der vermögensmindernde Effekt seines Verhaltens verschleiert, denn hier schädigt sich der Getäuschte nicht auf "objektiver" sondern auf "subjektiver Ebene": der mit der Hingabe des Buches verfolgte "Leihzweck" wird

---

173) Der Schadensbegriff ist mehrschichtig. Man kann zwei Ebenen unterscheiden, eine objektive bzw. sächliche und eine subjektive Ebene. Auf subjektiver Ebene tritt der Schaden -beispielsweise beim sog. Bettelbetrug- ein, wo sich der Getäuschte durchaus des Verlustes seiner Herrschaft über eine Sache bewußt wird, er jedoch den mit der Transaktion verfolgten Zweck verkennt (Zweckverfehlung).

verfehlt! Der "Verleiher" tauscht für seinen wirtschaftlich wertvollen Gewahrsam an dem Buch einen wertlosen Rückgabeanspruch ein und dieses wird ihm auch verschleiert.

Entsprechend lassen sich diejenigen Sachlagen analysieren, in denen die Gewahrsamsaufgabe nicht gegenleistungsfrei erfolgt: Auch in den Betrügereien im Zusammenhang mit gegenseitigen Verträgen tritt der mit der Erfüllung der eigenen Leistung [174] erstrebte Zweck nicht ein; denn das Opfer büßt den Gewahrsam an der von ihm aufgrund des Vertrages zu erbringenden Sache ein, um eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung zu erlangen und die Nichtrealisierung dieses Zweckes wird ihm verborgen gehalten (Irrtumsrelevanz auf subjektiver Schadensebene).

Schon wegen der besonderen Tatbestandsstruktur des Betrugs, der"Einaktigkeit" der Vermögensverfügung, ist somit ein Gewahrsamsübertragungswille bzw. Bewußtsein der Vermögensaussonderung abzulehnen [175].

174) in deren Hingabe liegt die aus einem Akt bestehende Verfügung;

175) Allerdings geht die Argumentation Hellriegels (S. 51) gegen die Mindermeinung mit folgenden allgemeinen Erwägungen fehl: "Nicht das Wollen des Getäuschten, der ja in Wirklichkeit in keiner Beziehung zu der Tat des Betrügers steht... (könne) darüber entscheiden, ob Betrug oder evtl. ein anderes Delikt vorliegt, sondern das Wollen des Täters selbst."Nach der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen (vgl. Gribbohm, NJW 1967/S. 1897 f. (1898)) darf die innere Einstellung des Getäuschten über die Deliktsqualität entscheiden, denn der innere Wille würde als subjektives Unrechtselement zum objektiven Tatbestandsmerkmal Vermögensverfügung gehören. Da die restriktive Auffassung den Übertragungswillen lediglich als Mittel dazu benutzt, den Anwendungsbereich des Betrugs einzuschränken und eine exakte Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl sicherzustellen, wären rechtsstaatliche Bedenken, die gegen die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen erhoben werden könnten, zumindest in diesem Punkt gegenstandslos.

Damit ist der Rahmen in"negativem"Sinne abgesteckt. Ob und welche kognitiven Voraussetzungen für eine relevante Vermögensverfügung in der Person des Getäuschten erfüllt sein müssen, ist damit jedoch noch nicht festgestellt.

Auszugehen ist von dem Wesen der Vermögensverfügung als einem Akt unwissentlicher Selbstschädigung.

Im Zweierverhältnis schädigt sich der Betroffene "selbst", sofern "seine" Sache seine Herrschaftssphären verläßt, ohne daß der Täter in jene einzudringen brauchte und die erstrebte Sache herausholen müßte. Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn der Täter an der von ihm begehrten Sache Gewahrsam konstituieren kann, weil das Opfer einverständlich die tatsächlichen Bedingungen dafür geschaffen, nämlich einen "Rumpfgewahrsam" -die erste Komponente des Gewahrsamsbegriffskonstituiert hat. Mehr als einen "Rumpfgewahrsam" benötigt der Täter von seinem Opfer nämlich nicht, um die Sache wirtschaftlich nutzen zu können. Den Herrschaftswillen kann der Täter aktualisieren, ohne einen fremden Herrschaftsraum verletzen zu müssen. Damit ist die Grundlage für eine weitere Konkretisierung des Verfügungsbegriffs erarbeitet.
Unter welchen intellektuellen Erfordernissen aber kann man noch von einer einverständlichen Begründung von "Rumpfgewahrsam" und damit einer "Selbstschädigung" im Sinne des § 263 durch den Getäuschten sprechen?
Wenn auf jedwede kognitive Voraussetzungen in der Person des Getäuschten verzichtet würde, wie es die herrschende Meinung praktiziert, bestände die Verfügung beim Sachbetrug tatsächlich allein aus der Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensschaden und könnte schwerlich als ein Übertragungsakt von Vermögenssubstanz -beim Unterlassen als ein Analogon des Übertragungsaktsderart, daß die Substanz als Vermögensschaden und Vermögensvorteil identisch ist und sich der Übertragungsakt als "Selbstschädigung" darstellt, angesehen werden. Sobald der Getäuschte

sich im Augenblick der Transaktion jedoch der betroffenen Sache als "eigener" bewußt wird, erkennt, daß er der Gewahrsamsinhaber derselben ist, hat er in bezug auf diese konkrete Sache die Möglichkeit zum Andershandeln. Er könnte Maßnahmen ergreifen und, sofern er wollte, verhindern, daß der Täter "Rumpfgewahrsamsinhaber" "seiner" Sache wird, somit dafür sorgen, daß die von dem Täter begehrte Sache in der gesicherten Position, d. h. in seinem von der Sozietät anerkannten Herrschaftsbereich bleibt. Unter der Voraussetzung, daß der Vermögensträger dem Täter willentlich in Kenntnis seines Gewahrsams "Rumpfgewahrsam" konzediert, ist deshalb eine "Selbstschädigung" und damit eine Verfügung im Sinne des Betrugs anzuerkennen. Weil es der Täter nun aber in den seltensten Fällen mit einem juristisch vorgebildeten Opfer zu tun haben wird, können allein die von Laien und Juristen gleichermaßen vorauszusehenden und zu beurteilenden Konsequenzen im rein tatsächlichen Bereich relevant werden: Das Opfer hat eine Parallelwertung in der Laiensphäre vorzunehmen. Daß die Sache durch das Verhalten des Getäuschten so weit von diesem -aus dessen Herrschaftsbereich- entfernt worden ist, daß der Täter an ihr strafrechtlichen "Rumpfgewahrsam" erhält und vollständigen Gewahrsam konstituieren kann, die rechtliche Tragweite seiner Transaktion, braucht das Opfer nicht zu erkennen - lediglich die tatsächlichen Umstände.

Diese aus dem Wesen des Betrugs erarbeitete Präzisierung des Willenselements wird durch ein Argument aus dem Gewahrsamsbegriff gestützt:
Niemand erwirbt bekanntlich vollständigen Gewahrsam, ohne eine tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit (1. Komponente) oder aber ohne einen Herrschaftswillen (2. Komponente). Einen speziellen Gewahrsam besitzt dabei derjenige, der die konkrete Sache in seine Vorstellungsbildung aufnimmt, dessen Herrschaftswille sich auf die spezielle Sache konkretisiert - der die Sache nämlich als "eigene" erkennt. Über speziellen Gewahrsam kann demzufolge nur derjenige verfügen, der im Zeitpunkt der "Aufgabe"

seines Gewahrsams noch sowohl eine konkrete Herrschaftsmöglichkeit als auch einen auf die spezielle Sache bezogenen Herrschaftswillen hat. Ist sich der Gewahrsamsinhaber im Augenblick der Transaktion nicht oder nicht mehr darüber im klaren, daß er der Gewahrsamsinhaber ist, kommt nur noch der "willentliche" Verlust -die Verfügung- über generellen Gewahrsam in Betracht. Da genereller Gewahrsam [176] lediglich eingebettet in speziellen Gewahrsam an einer "umfassenden" Sache" denkbar ist, kann über generellen allein derjenige disponieren, der weiß, daß er im maßgeblichen Zeitpunkt Gewahrsam an der konkreten "umfassenden Sache" besitzt -der sich dieser als "eigener" bewußt wird.

Damit ist der aus dem Wesen des Betrugs gewonnene Verfügungsbegriff bestätigt und -soweit genereller Gewahrsam betroffen wird- weiter präzisiert worden [177].

Wir halten fest: Der Gewahrsamsinhaber muß, um über Gewahrsam verfügen zu können, die vom Täter -wenn vielleicht auch nur um eines "generellen" Vermögensgegenstandes willen- begehrte Sache als "eigene" erkennen und um die tatsächlichen Voraussetzungen wissen, die es dem Täter erlauben, vollständigen Gewahrsam zu konstituieren und diese Sachlage billigen. Die sich daran knüpfenden Konsequenzen rechtlicher Art können dem Opfer durchaus verborgen bleiben [178].

176) unter den besprochenen Voraussetzungen;

177) Um Mißverständnissen vorzubeugen, bedarf es folgenden Hinweises: Der Täter muß natürlich, um vorsätzlich zu handeln, eine zutreffende Vorstellung von den strafrechtlich relevanten Umständen der Tat haben und für möglich halten, daß der Getäuschte mit der Transaktion ,wie sie sich tatsächlich abgespielt hat, einverstanden ist (dolus eventualis)

178) so im Ergebnis als einziger Welzel, Lb. 11, § 48 I 2b; jedoch ohne irgendeine Begründung;

c. Die Form des Willens

Muß der Getäuschte seinen Willen erklären, muß der Wille bekannt oder erkennbar sein? Oder genügt etwa das Vorliegen einer entsprechenden Willensrichtung [179]?

Eine Willenserklärungstheorie wird [180] von Keßler [181] vertreten. Keßler ist der Ansicht, nur ein erklärter Wille könne eine rechtliche Bedeutung erlangen.
Nicht ganz so weit wie Keßler geht Trapp [182]: Subtile Emotionen seien praktisch nicht erfaßbar. Ohne bestimmte Anknüpfungspunkte, die nicht allein in einem rein psychischen Vorgang beim Disponierenden bestehen, werde deshalb nicht auszukommen sein.

Ähnlich wie Trapp machen auch Wimmer [183] und Weingart [184] aus Beweisgründen Konzessionen an die Willenserklärungstheorie:

"Es erweist sich als notwendig, für die Verfügung die Erkennbarkeit des Gewollten zu verlangen und damit ein exaktes objektives Tatbestandssymptom zu gewinnen"185), denn die "Vorgänge, die sich im Innenleben des Opfers, aber auch des Täters abspielen, entziehen sich naturgemäß als rein innerliche Vorgänge jeder Beobachtung und Feststellung ... Selbst wenn man unterstellt, daß Angaben über innere Willensvorgänge zur Zeit der Tat nach bestem Wissen und Gewissen gemacht werden, sind diese dennoch stets mit größter Vorsicht und Vorbehalten aufzunehmen. Gerade deshalb scheint es für die Abgrenzung unbedingt notwendig -um diesen Unsicherheitsfaktor auszuschalten-,entscheidendes Gewicht auf die äußerliche Erkennbarkeit der willensmäßigen Einstellung ... zu legen" 186).

---

179) Wird die 1. Frage bejaht, bleibt zu klären, in welchem Umfang, d. h. mit welchen konkreten Einzelheiten der Wille wem erklärt, bekannt oder für wen er erkennbar zu sein hat: dem Täter, einer während des selbstschädigenden Verhaltens des Getäuschten zufällig anwesenden Person oder der "Sozietät"? Welche Stellung nimmt letzterenfalls die Sozietät ein?

180) wenn auch in einem anderen Zusammenhang;

181) vgl. Einwilligung, S. 106; Kritik, S. 568;

182) S. 50;

183) NJW 1947/48/S. 242;

184) unter Bezugnahme auf Wimmer - S. 16 - 18;

185) Wimmer, aaO.;

186) Weingart, S. 16 - 17;

Die überwiegende Zahl der Autoren und die Rechtsprechung gehen dementgegen stillschweigend ohne Begründung von einer Willensrichtungstheorie aus.

Die Willenserklärungstheorie mag im Zivilrecht, unter Umständen auch beim Unrechtsausschluß im Strafrecht, der Sache gerecht werden. Für die Bestimmung der willensmäßigen Einstellung des Getäuschten ist sie jedoch untauglich, denn die Vermögensverfügung, dessen materielles Kriterium das Willenselement darstellt, ist ein -wenn auch ungeschriebenes- Merkmal des Tatbestandes. Daraus resultiert, daß der Wille des Getäuschten als Tatsache zu würdigen ist, mithin ein "tatsächlicher Willenszustand" genügt.
Argumente contra eine Willensrichtungslehre lassen sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinngehalt des Betrugs gewinnen. Daß der Betrug als ein Delikt unwissentlicher Selbstschädigung zu qualifizieren ist, gibt nichts für eine einschränkende Auslegung her. Die Erkennbarkeitslehre läßt sich einfach nicht begründen.
Den Verfechtern der Mindermeinung ist zudem der Einwand der Unbestimmtheit entgegenzuhalten [187], da jene Literaten offenlassen, für wen der Wille des Getäuschten wahrnehmbar sein muß.

Es ist zwar durchaus zuzugeben, daß ein Abstellen auf die bloße Willensrichtung gewisse Unsicherheiten schafft, weil innere Vorgänge, wie die konkrete Vorstellung und Willensbildung des Opfers sich nur sehr schwer nachweisen lassen können. Allein aus Beweisgründen eine Erkennbarkeit für den Tatbestand zu fordern, ist aber nicht angängig.
Man kann auch nicht davon sprechen, daß bei Zugrundelegung der Willensrichtungstheorie das "Risiko" einer Strafbarkeit zu Lasten des Betroffenen geht, denn hier geht es nicht um eine Bestrafung des Getäuschten, sondern um die des Täuschenden. Der Täter aber wird ausreichend "geschützt": Sein Vorsatz muß sich

187) so auch Nebelung, S. 34;

auf den objektiven Betrugstatbestand erstrecken, er muß mithin im Falle des sog. dolus eventualis mindestens eine positive Willenseinstellung des Getäuschten für möglich halten.

Für das Erfordernis einer Erkennbarkeit streiten gleichfalls keine kriminalpolitischen Erwägungen: Gerade in den Sachverhalten, in denen der Wille nicht offenbar wird, könnte unter Umständen die Entdeckung von Tat und Täter erschwert sein. Wenn die Willensbetätigung, zu der der Betroffene durch den Täter veranlaßt wird, nicht erkennbar ist, dürfte das Verhalten des Täters deshalb auch keineswegs weniger verwerflich als im umgekehrten Falle sein.
Im übrigen bleibt zu vermerken, daß die Erkennbarkeit allein auf "positives Tun" zugeschnitten wäre: Eine von einem Unterlassen begleitete Willenseinstellung könnte, da das Unterlassen in einem Nichtstun besteht, niemals verobjektiviert sein. Die Versuche Wimmers, sich aus diesem Dilemma dadurch zu retten, daß er beim Nichtreagieren des Opfers eine Erkennbarkeit der Willensbildung dann bejahen will, wenn "das Opfer nach den Umständen bestimmt reagiert hätte, wenn es damit nicht einverstanden gewesen wäre", geht fehl. Wimmer gibt damit sein Merkmal der Erkennbarkeit der Vermögensverfügung preis, denn danach stellt er nicht mehr auf die Erkennbarkeit der Verfügung sondern auf Willensmomente ab, denn die "Erkennbarkeit eines bestimmten Sachverhalts hat mit den Vorgängen in der Psyche des sich Verhaltenden nichts mehr zu tun" 188).

Maßgeblich ist somit, wie die Willenseinstellung des Getäuschten objektiv beschaffen ist.

d. Die Willensfähigkeit des Getäuschten

Welchen persönlichen Erfordernissen muß das Opfer genügen, um verfügen zu können?
Sicherlich kommt derjenige nicht als Verfügender in Betracht, der infolge geistiger Mängel nicht als Vermögensträger angesehen

188) Nebelung, S. 35;

werden kann. Weil z. B. ein Säugling die Sachherrschaft über eine Sache nicht innehaben kann, bleibt ihm auch eine Vermögensverfügung über den Gewahrsam einer Sache versagt [189].

Ob und unter welchen Umständen der Betroffene bei geistigen Gebrechen oder mangelnder Entwicklung einenfür den Verfügungsbegriff ausreichenden Willen bildet, soll an zwei vom Reichsgericht entschiedenen Fällen exemplifiziert werden. In JW 1928/S. 2235 [190] wurde ein Schwachsinniger das Opfer eines "Betrügers", in ZAkDR 1939/S. 132 [191] veranlaßte die Angeklagte die von ihr zu pflegende an Altersblödheit leidende Frau G. unter der Vorspiegelung, das Geld werde für Zwecke der Frau G. verwendet, zur Herausgabe von Geldbeträgen.
Gleich dem Reichsgericht in diesen Beispielen, so haben auch wir zu prüfen, ob die Adressaten der Täuschungen noch einem Irrtum zugänglich waren und -falls ja-, ob sie irrtumsbeeinflußt eine Verfügung treffen konnten.

Wie Pröll zutreffend bemerkt [192], beweisen die vorgeschichtlichen Erfindungen der Falle und der Angel den alten Erfahrungssatz, daß selbst Tiere -auch solche niedrigster Ordnung- zu Verhaltensweisen veranlaßt werden können, die sie selbst schädigen. In ganz krassen Fällen, wie z. B. bei einem völlig stupiden Geisteskranken [193] oder aber einem gerade Neugeborenen wird eine Irrtumserregung aber wohl doch verneint werden müssen. Entsprechende Fallkonstellationen werden jedoch seltene Ausnahmen bleiben. Regelmäßig wird auch bei geistigem Defekt oder mangelnder Geistesreife eine Täuschungshandlung wirksam werden können. Das Problem ist deshalb darin zu erblicken, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten des Getäuschten trotz

---

189) Die Frage der "Verfügungsmacht" Vermögensfremder soll an dieser Stelle noch ausgeklammert werden;

190) mit Anmerkung von Pröll;

191) mit Anmerkung von Henkel;

192) vgl. JW 1928/S. 2235:

193) der nicht ansprechbar ist;

"geistigen Defektes" noch als Vermögensverfügung betrachtet werden darf.
Daß die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit unanwendbar sind, folgt bereits aus der Ablehnung der Rechtsgeschäftslehre für den Verfügungsbegriff. Die Annahme einer bürgerlichrechtlichen Geschäftsfähigkeit würde darüberhinaus zu dem wenig befriedigenden Ergebnis führen, daß geistig minderentwickelte Personen gegenüber betrügerischen Handlungen strafrechtlich weniger geschützt wären.

Auszugehen ist von dem Verfügungsbegriff in dem dargestellten Sinne:
Der Getäuschte muß die von der Transaktion betroffene Sache als "eigene" erkennen. Daraus ist zu ersehen, daß das Opfer gewisse wertende Vorstellungen, ein Minimum an Urteilskraft besitzen muß. Wenn der Getäuschte nicht einzusehen vermag, daß der Täter ihn getäuscht und zu einem schädigenden Verhalten veranlaßt hat [194], ist ihm verwehrt, seine wirtschaftlichen Möglichkeiten zutreffend einzuschätzen. Sein Irrtum könnte sich niemals -wie erforderlich- im Vermögensschaden niederschlagen. Der bei einem Betrug sowohl Verfügung als auch Schaden überlagernde Irrtum wäre bereits im "Verfügungsstadium" steckengeblieben. Unter diesen Umständen würde dem Willen des Getäuschten die für eine "Selbstschädigung" gebotene Substanz fehlen.
Das Opfer muß also, um verfügen zu können, zumindest einer Willensbildung im natürlichen Sinne fähig sein.

Dieses Ergebnis bestätigt ein Vergleich mit anderen Straftatbeständen. So wird z. B. auch in den Vorschriften der §§ 242, 239, 241, 223 f. keine Geschäftsfähigkeit im bürgerlichrechtlichen Sinne verlangt, sondern die Willensfähigkeit des

194) mag die Tragweite wegen der Täuschung auch nicht erkannt worden sein;

"Verletzten" nach dem Sinngehalt der Norm ausgerichtet. Für die Bedrohung, § 241, ist anerkannt, daß der Betroffene nur die allgemeine Fähigkeit besitzen muß, eine Bedrohung als solche zu empfinden [195]. Für die Freiheitsberaubung, § 239, gelten entsprechende Maßstäbe [196] und auch beim Diebstahl, § 242, soll die natürliche Betrachtungsweise den Ausschlag geben [197]. Selbst für die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung ist anerkannt [198], daß der Einwilligende weder geschäftsfähig im zivilrechtlichen Sinne, noch strafrechtlich handlungsfähig sein muß [199].

Entsprechend dem in diesen Straftatbeständen zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken, daß es für die Frage der Willensfähigkeit des Deliktsobjektes allein auf die natürliche Handlungsfähigkeit ankommt, tritt auch die herrschende Auffassung [200] nur für eine natürliche Handlungsfähigkeit des Getäuschten ein.

III Die Kausalität - ein Bestandteil der Vermögensverfügung?

Die herrschende Meinung [201] definiert die Vermögensverfügung als ein Tun, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar einen Vermögensschaden zur Folge hat. Es wird also der Kausalnexus

195) vgl. Olshausen, § 241, Anm. 5; Trapp, S. 59; Metz, S. 10; Holtzendorff, S. 22;

196) vgl. Olshausen, § 239, Anm. 2; Trapp, S. 59; Metz, S. 10; Holtzendorff, S. 22;

197) vgl. Frank, § 242, Anm. VI, 3; RG 2/S. 335; RG JW 1939/ S. 224;

198) vgl. Honig, Einwilligung, S. 168, 177; RG GA 51/S. 44; Trapp, S. 58 - 59; RGSt 41/S. 392; OLG Bremen NJW 1953/ 1364; RGSt 77/S. 20;

199) vgl. Honig, aaO.; Metz, S. 10; auch das Alter des Verletzten ist unmaßgeblich;

200) wenn auch regelmäßig, ohne ihre Auffassung zu begründen; vgl. RG JW 1928/S. 2235 mit Anmerkung von Pröll; RG ZAkDR 1939/S. 132 mit Anmerkung von Henkel;
Trapp, S. 60; Gerland, § 166,I , 2b, verneint die Möglichkeit einer relevanten Verfügung bei Handlungsunfähigen;

201) vgl. z. B. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 40; Welzel, Lb., § 54 I 3; Maurach, BT § 38 II B 3;

als Bestandteil des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals Vermögensverfügung betrachtet. Eine Begründung gibt die herrschende Auffassung nicht. Dabei ist doch eigenartig, daß die allgemeine Voraussetzung eines Kausalzusammenhangs im Betrugstatbestand vertatbestandlicht ist. Das könnte aus zwei Gründen geschehen sein.

Die Vermögensverfügung im Sinne der herrschenden Ansicht könnte einen nicht eliminierten Rest von Kausallehre beim Betrug darstellen. Nach Beling [202] sind Kausalitätsfragen früher bei denjenigen einzelnen Delikten behandelt worden, bei denen sich ein besonderes Bedürfnis danach geltend machte. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurden diese Fragen eleminiert [203] und zu einer allgemeinen Kausallehre zusammengefaßt. Diese Arbeit ist, wie Schraft [204] zutreffend feststellt, nicht sofort und überall gleichmäßig durchgeführt worden. Daß ein Stück Kausalität, die sog. Unmittelbarkeit beim Betrug, heute noch als ein Element des Verfügungsbegriffs bezeichnet wird, könnte daher damit zu erklären sein, daß die Eliminierung der Kausallehre nicht restlos durchgeführt worden ist.

---

202) GS 101/1 f. (1 f.); "Hatte man ... (früher) den in der Handlung lebenden Willen mit seiner Betätigung und dem was die Folge war, als eine Kausalreihe zusammengenommen, so schied man jetzt die Verbindung zwischen dem Willen und der äußeren körperlichen Seite der Handlung als eine Sache für sich aus und rechnete die Kausalität erst von dem körperlichen Verhalten ab, beschränkte sie also auf die physische Kausalität. So kam das heute übliche System zustande: ausgehend von 1. der Handlung kommt man 2. zur Erörterung ihrer Kausalität...";

203) Ob man den Kausalnexus aus dem Verfügungsbegriff ausklammert oder nicht, ist letztlich ohne irgendeine praktische Bedeutung!

204) S. 129 - 130;

Die Unmittelbarkeit könnte auch als ein Relikt der Rechtsgeschäftslehre anzusehen sein [205]. Im Sinne dieser Theorie mußte die Vermögenseinbuße, der Rechtsgeschäftserfolg,gewollt eintreten. War dies nicht der Fall, so fehlte es an dem Begriff des Rechtsgeschäfts, mithin an einer Vermögensverfügung, nicht aber an der Kausalität zwischen Vermögensschaden und Rechtsgeschäft=Vermögensverfügung. Für die Rechtsgeschäftslehre gab es somit nur ein Subsumtions-, nicht aber ein Kausalitätsproblem.

Heute ist es nicht mehr gerechtfertigt, die "Unmittelbarkeit" als Teil des Vermögensverfügungsbegriffs zu definieren.

Eindeutig gegen die herrschende Ansicht spricht darüberhinaus folgendes:
Wenn der Kausalnexus als Bestandteil der Verfügung angesehen wird, kommt man nicht umhin, gleichfalls den Erfolg, für den das Verhalten des Getäuschten physisch kausal geworden ist, den Vermögensschaden, in den Verfügungsbegriff zu projizieren.

Die herrschende Meinung verfährt widersprüchlich: Einerseits definiert sie die Vermögensverfügung als "jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar eine Vermögensschädigung bewirkt" 206) betrachtet den Schaden also offensichtlich als Element der Verfügung. Andererseits wird der Vermögensschaden als selbständiges Tatbestandsmerkmal bezeichnet.

Eine Mindermeinung im Schrifttum [207] bekennt sich sogar ausdrücklich dazu, daß Vermögensverfügung und Vermögensschaden untrennbar miteinander verbunden sind [208].

---

205) vgl. Schraft, S. 130 - 131;

206) vgl. die ähnlichen Formulierungen bei Maurach, BT, § 38 II B3; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 40; Welzel, § 54 I 3; Wimmer, NJW 1947/48/S. 242, FN. 7: jede "vermögensmindernde" Verfügung;

207) vgl. z. B. Hellriegel, S. 53; auch S. 88; Bittner, MDR 1970/ S. 291 f. (292);

208) Hellriegel, S. 53:"Eine Verfügung an sich, die nicht zu einem Schaden führt, gibt es nicht."

Um dem aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierenden Gebot, strafrechtlich relevante Begriffe nicht zu vermengen, zu genügen, muß die von dem Strafgesetzgeber für den Vermögensschaden fixierte Position und damit seine Eigenständigkeit garantiert bleiben. Daher ist jede Ansicht, die den Kausalnexus und damit auch den Schaden als Teil der erst nachträglich von Lehre und Rechtsprechung interpretierten Verfügung begreift, abzulehnen.

Damit haben wir den Komplex der Vermögensverfügung im Zweierverhältnis abgeschlossen.

Als Verfügung im Sinne des Betrugstatbestandes ist jedes gewahrsamsbezogene willentliche Verhalten des Getäuschten anzusehen. Der Getäuschte muß sich, um im Zweierverhältnis verfügen zu können, bewußt sein, daß die von ihm gebilligte Transaktion eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache betrifft.

Um das Konkurrenzverhältnis von Betrug und Diebstahl diskutieren zu können, müssen wir zu der Frage, ob Gewahrsamslockerungen relevante Schäden im Sinne des Betrugs darstellen und zu dem Kausalitätsproblem Stellung nehmen.

B. Die Gewahrsamslockerung als Vermögensschaden

Für den Betrugstatbestand kommen auch Gefährdungen als relevante Vermögensschäden in Betracht [209]. Es muß sich um eine faktische, konkrete Gefährdung von Vermögenswerten handeln [210]. Eine Gewahrsamslockerung könnte deshalb unter Umständen bereits einen Vermögensschaden darstellen.

Wenn der Getäuschte dem falschen Gasmann [211], der vorgibt, die

209) vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn 100;

210) BGH St 21/S. 112 f.;

211) vgl. z. B. Frank, § 263, Anm. IV; Holtzendorff, S. 23; z.B.;

Gasuhr ablesen zu wollen, Eintritt gewährt, ist, daran dürfte kein Zweifel bestehen, eine gewisse Vermögensgefährdung gegeben.

Der falsche Gepäckträger, der sich am Bahnhof erbietet, den Koffer des Reisenden zu tragen, in Wirklichkeit sich aber den Koffer aneignen und im Menschengedränge entfernen und verschwinden will [212], erhält gleichfalls vom Betroffenen einverständlich eine nicht geringe Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache.

Auch derjenige, der sich durch einen "falschen" Telefonanruf verleiten läßt, sein Haus zu verlassen, setzt sich in gewisser Weise einem Vermögensverlust aus.

Die Rechtsprechung hat in Fällen dieser Art, ohne das Problem einer Vermögensgefährdung zu diskutieren, stets einen Diebstahl bejaht [213]. Ob eine relevante Vermögensgefährdung anzunehmen sei -so wird in anderem Zusammenhang [214] ausgeführt-, entscheide sich danach, ob mit einem Verlust des Vermögensobjekts "ernstlich zu rechnen" ist.
Das wird man auch für die Beispiele gelockerten Gewahrsams, wenn der Täter die Entwendung von Sachen ins Auge faßt, sagen können.

Mit der vagen Formel der Rechtsprechung sind der Praxis zu wenig Anhaltspunkte gegeben. Sie ist so recht geeignet, den Begriff des Vermögensschadens auszuhöhlen [215] und seine Konturen zu verwischen. Und wer bestimmt, wann mit einem Verlust "ernstlich zu rechnen" ist? Kommt es etwa auf die Einstellung des Getäuschten an? Dann würde der Vermögensschaden in den Bereich des Subjektiven

212) Fall von v.Bar, GS 40/S. 493, Anm. I;
213) vgl. z. B. RGSt 47/S. 151 f.(153); 58/S. 215 f.(216)
214) vgl. BGHSt 21/S. 112 f. (113);
215) vgl. dazu auch Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 100;

verlagert [216], was mit dem an wirtschaftlichen Maßstäben zu messenden Vermögensbegriff unvereinbar wäre.

Die herrschende Lehre [217] geht im Ergebnis mit der Rechtsprechung konform -regelmäßig, ohne ihre Meinung besonders zu begründen.

Wenig überzeugend argumentiert Hellriegel [218]: Bei einer Gewahrsamslockerung sei eine "Vermögensgefährdung gegeben" und "es ist durchaus denkbar, daß schon eine Vermögensgefährdung wegen ihrer Intensität und den besonderen Umständen eine Wertminderung des Vermögens zur Folge hat und damit als Vermögensschaden anzusprechen ist". Ob dies für eine Gewahrsamslockerung zutreffe, sei "zum wenigsten sehr zweifelhaft. Richtiger Meinung nach werde es abzulehnen sein. Das Gesetz verlange ausdrücklich einen Vermögensschaden und begnüge sich nicht mit der bloßen Vermögensgefährdung". Deshalb müsse ein "strenger Maßstab" angelegt werden.

Die entscheidende Frage, welche Anforderungen in concreto an eine Vermögensgefährdung im Sinne des Betrugstatbestandes gestellt werden müssen, beantwortet Hellriegel nicht. Die Verweisung auf einen "strengen Maßstab" läßt nahezu jeder Interpretation freien Raum und führt nicht weiter.
Schröder [219] unterbreitet den Vorschlag, für die Abgrenzung zwischen relevanter und unbeachtlicher Vermögensgefährdung auf die Versuchsgrundsätze zurückzugreifen. Er differenziert zwischen der Gefährdung, die die typische Situation des Versuchs darstellt und der Gefährdung, die einem Schaden gleichkommt.

---

216) ein personaler Vermögensbegriff, wie er z. B. von Bockelmann, JZ 1952/S. 461 f., vertreten wird, ist abzulehnen. Durch die Aufgabe der Objektorientierung würde das Wesen des Betrugs verschoben und ein Persönlichkeitsschutz eingeführt, womit sich der Betrug der Beleidigung und ähnlichen Delikten nähern würde.

217) vgl. z. B. Frank, § 263, Anm. IV; Schröder, ZStW 60/S. 38;

218) S. 55;

219) vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 100;

Lösungsvorschlag

Eine betrugsrelevante Vermögensgefährdung ist zu akzeptieren, wenn nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage des Opfers eingetreten ist, wenn nämlich eine Abwägung des Sachverhalts ergibt, daß die durch die Gewahrsamslockerung gefährdeten Gegenstände im Rahmen des Gesamtvermögens weniger wert geworden sind. Das folgt aus dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, nach dem zweifelhafte Vermögenspositionen in ihrem Wert geringer veranschlagt werden. Entsprechend der Schröderschen Anregung bedienen wir uns der zum Rechtsinstitut des Versuchs entwickelten Prinzipien. Wir haben infolgedessen zu unterscheiden, ob sich die Vermögensbeeinträchtigung im Falle einer Gewahrsamslockerung noch im "Versuchsstadium", d. h. im Stadium einer nur "versuchten Schädigung" [22o], befindet, oder ob die durch eine Gewahrsamslockerung bewirkte Vermögensgefahr bereits als Schaden im Sinne des § 263 betrachtet werden kann. Die Gewahrsamslockerung ist danach noch nicht betrugserheblich, solange der Täter mit seinem Plan mit Hilfe des Getäuschten erst unmittelbar zur Gefährdung des Vermögens seines Opfers ansetzt, also die typische Situation eines Versuchs vorliegt. Nicht einleuchten will die in diesem Zusammenhang von Schröder gezogene Konsequenz, ein Schaden sei zu akzeptieren, wenn der Getäuschte durch sein Verhalten eine Lage geschaffen hat, in der der endgültige Verlust des fraglichen Vermögensobjekts nicht mehr "wesentlich von seinem Zutun abhängt" [221]. Das Kriterium der "Wesentlichkeit" ist weder eindeutig, noch aus den Versuchsgrundsätzen gewonnen. Bei Zugrundelegung der Versuchsgrundsätze muß der Angriff des Täters mit Hilfe des Getäuschten, um betrugsrelevant zu werden, über das Ma

---

22o) das bedeutet nicht, daß der Täter einen versuchten Betrug begeht, denn beim strafbaren versuchten Betrug muß der Täter einen relevanten Schaden ins Auge fassen, der dann schließlich nicht realisiert wird;

221) Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 1oo

einer unmittelbaren Gefährdung hinausgegangen sein. So ist es noch nicht, wenn der Angriff an der Herrschaftssphäre des Opfers haltmacht und der Täter noch eine oder mehrere Handlungen vornehmen oder vornehmen lassen muß, um die Sache der "Gewalt" des Vermögensträgers zu entziehen - der Schaden sich erst noch anschließen muß. Das für den Versuch typische Gefährdungsstadium wird aber überschritten und das Vermögen im Sinne des Betrugs beeinträchtigt, sofern weder der Getäuschte noch der Täter sich im Herrschaftsbereich des Vermögensträgers betätigen müssen, wenn also nichts mehr zu tun ist, um die Sache aus dem alten Herrschaftsbereich herauszubringen, sondern höchstens noch einzelne Tätigkeitsakte geboten sind, um die Sache in den neuen Herrschaftsbereich, das bedeutet, in die Sachgewalt des Täters zu schaffen.

In den genannten Beispielen hat der Getäuschte die Sachen noch nicht endgültig aus seiner Hand gegeben. Anders kann es in Grenzfällen sein, in denen Gewahrsamsaufgabe und Gewahrsamsneubegründung, die beiden Komponenten des Wegnahmebegriffs, auseinanderfallen, Sachverhalte, die die Praxis nur selten liefern wird. Die herkömmlichen Gewahrsamslockerungen jedenfalls sind nach dem Ausgeführten aus dem Betrugstatbestand auszuscheiden, es sei denn, mittelbare Verfügungsfolgen müßten unter den Betrugstatbestand subsumiert werden -§ 263 wäre also auch erfüllt, wenn eine Vermögensverfügung, die unmittelbar eine bloße Gewahrsamslockerung zeitigt, mittelbar zu einer Gewahrsamsaufgabe und damit zu einem relevanten Vermögensschaden führt.

C. Der Ursachenzusammenhang zwischen der Vermögensverfügung und dem Vermögensschaden

I. Der Meinungsstreit

Die herrschende Meinung [222] will nur unmittelbare Folgen des täuschungsbedingten Verhaltens unter den Betrugstatbestand subsumieren. Das Warum ist nie so recht klar geworden. Es werden systematische Gründe ins Feld geführt [223].

Einige Autoren argumentieren mit dem Begriff des "wahren Kausalmoments" [224] [225]. Merkel [226] meint, von einer Vermögensverfügung könne nur dann die Rede sein, wenn das Verhalten des Getäuschten sich als eine "Haupthandlung" darstellt, mit anderen Worten, wenn dasselbe sich unmittelbar auf den Schaden erstreckt. [227] Es handelt sich hierbei mehr um terminologische als um sachliche Unterschiede.

Ein anderer Teil des Schrifttums [228] begründet das Erfordernis eines "unmittelbaren" Schadenseintritts mit dem bei "mittelbaren" Schadensfolgen "fehlenden" bzw."unterbrochenen Kausalzusammenhang".

---

222) vgl. Kohlrausch-Lange, § 263, Anm. IV 1; Trapp, S. 7; Hellriegel, S. 4; Weingart, S. 8; Merkel, HH III, S. 763; Kr.Abh., S. 192 f.; Binding, Lb., S. 352; Hegler, VDB VII, S. 424; Grünhut, zu RG JW 1926/S. 586; RGSt 64/S. 226; 70/S. 255; 71/S. 292; 58/S. 215 f. (216); OLG Hamburg, HESt 2/S. 316 f. (317); BGHSt 14/S. 170 f.(171); BGH GA 1966/S. 212; OLG Saarbrücken, NJW 1968/S. 262 f. (262); Schröder, ZStW 60/S. 39; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 44; Welzel, Lb. § 54 I 3; v. Olshausen, § 263, Anm. 27 d; Maurach, BT, § 38 II B 3a; Gallas, Festschrift, S. 422; Frank, § 263, Anm. IV;

223) vgl. z. B. Jacobowitz, S. 71; Holtzendorff, S. 24;

224) Jacobowitz, S. 71; Lietzmann, S. 24;

225) So heißt es bei Jacobowitz und Lietzmann nahezu gleichlautend für den Fall mittelbarer Schadensverursachung: "Hier ist das wahre Kausalmoment für die Vermögensverschiebung jener (bzw. der) eigenmächtige Akt."

226) aaO. S. 192 f.;

227) Auch Seifried (S. 57), der sich Merkel anschließt, führt aus, daß ein Verhalten, welches lediglich "als Begleiterscheinung einer anderen Handlung in Erscheinung trete", d. h. mittelbare Tatfolgen, nicht als "Haupthandlung" betrachtet werden könnten.

228) vgl. Schraft, S. 139; Eckstein, GS 78/138; Lietzmann, S. 23 f.; Haack, S. 61;

Daß es sich dabei um eine contradictio in adiecto handelt, weist Pomp [229], dem sich Nebelung [230] anschließt, nach:

"... entweder besteht zwischen zwei Ereignissen eine kausale Beziehung - dann aber ist es eine logisch unmögliche Vorstellung, daß dieser abgeschlossene Vorgang durch irgendein drittes Ereignis aufgelöst oder wieder unterbrochen werden könnte - oder es liegt zwischen den beiden Ereignissen kein Kausalzusammenhang vor, dann ist es absurd, von einem unterbrochenen Kausalzusammenhang zu sprechen".

Eine Mindermeinung in der Literatur [231] stellt sich auf den Standpunkt, daß es unangebracht sei, mittelbare Schadensfolgen aus dem Betrugstatbestand auszuklammern, weil keine zwingenden Gründe für eine einschränkende Auslegung sprächen.

Sauer [232] bedient sich der Adäquanztheorie. Unter Hinweis auf den vom Kammergericht entschiedenen, in DStr 32/S. 57 abgedruckten Sachverhalt, der einen mittelbar verursachten Schaden zum Gegenstand hat, argumentiert Sauer:"Es ist unbegreiflich, wie man diesen kriminologisch häufigen Betrugstyp ... nur als einfachen Diebstahl erledigt. Der Schwerpunkt der Strafwürdigkeit liegt beim Betrug" 233) auf dem Erfordernis einer unmittelbaren Kausalität zu beharren,sei deshalb "nicht unbedenklich"234).

Es ist durchaus nicht zwingend geboten, für sämtliche Strafvorschriften von ein und demselben Kausalbegriff auszugehen. Von der Äquivalenztheorie könnte abgewichen werden, wenn Zweck und Wesen einer Norm es unausweichlich gebieten [235]. Einerseits ist aber schon fraglich, ob man-wie Sauer-innerhalb einer einzigen Norm -dem § 263- mit zwei differenten Kausalbegriffen operieren kann und nicht insoweit zumindest die durchgängige Gültigkeit

---

229) S. 36;

230) S. 48;

231) vgl. z.B. Nebelung, S. 46; Pröll, S. 152; Gross, S. 93;

232) System, § 7 II 2c;

233) aaO., § 7 II 2d;

234) aaO., § 7 II 2c;

235) vgl. Schwinge, S. 62;

nur eines einzigen Kausalbegriffs verlangt werden muß [236]. Andererseits verlöre der Betrug bei Anerkennung der Adäquanztheorie seine Eigenart, die Tatbestandsgrenzen würden - mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar - ins Uferlose ausgedehnt und aufgelöst: Was Betrug wäre, erfüllte meist gleichzeitig auch den Diebstahlstatbestand. Bei konsequenter Anwendung der Adäquanzlehre würden nämlich nahezu keine Fälle mittelbarer Tatverursachung aus § 263 eliminiert, denn das Verhalten des Getäuschten wird regelmäßig geeignet sein, den tatsächlich eingetretenen Schaden herbeizuführen, sei es allein oder in Verbindung mit anderen Ereignissen, und die Verbindung wird kaum einmal außergewöhnlich sein [237].

II. Lösungsvorschlag

Aus dem im Strafrecht anerkannten Prinzip, daß ein nachträglicher Ausgleich (reparatio damni) einen einmal eingetretenen Schaden nicht zu kompensieren vermag, und einmal geschehenes Unrecht nicht nachträglich wieder zu Recht wird [238], läßt sich kein zwingender Rückschluß derart ziehen, daß ein später - also nur mittelbar - folgender Schaden unbeachtlich ist, denn der Gedanke an eine Kompensation kann bei mittelbaren Schadensfolgen gar nicht auftauchen.
Eine restriktive Interpretation wird jedoch vom Wesen des Betrugs gefordert. Wenn mittelbare Schäden in die Betrugsstrafbarkeit einbezogen werden, ist dieses Delikt nicht mehr ausschließlich als ein Selbstschädigungsdelikt zu charakterisieren.
§ 263 würde seinem Sinngehalt nach in eine Fremdschädigung verfälscht, weil der Täter in Fällen dieser Art in die Herrschaftssphäre des Gewahrsamsinhabers eindringt, und nicht der Getäuschte etwas herausreicht. Das Opfer würde nicht einmal, indem es den

---

236) Für die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum und zwischen Irrtum und Verfügung geht Sauer von der Äquivalenztheorie aus.

237) so die übliche Definition der Adäquanztheorie -vgl. z. B. Nebelung, S. 50;

238) besonders deutlich wird das am Beispiel der Körperverletzung;

Gewahrsam an der von dem Täter erstrebten Sache lockert, beginnen, sich selbst zu schädigen. Man kann daher auch nicht sagen, daß eine im "Versuchsstadium" steckengebliebene "Selbstschädigung" durch eine "Fremdschädigung" vollendet worden ist, somit doch eine "Selbstschädigung" vorliege. Vielmehr hat der Täter allein eine "Fremdschädigung" vorgenommen, zu der der Getäuschte "Hilfestellung" geleistet hat: Damit nämlich eine Ursache auch eine Wirkung zeitigt, müssen häufig gewisse Einflüsse, die geeignet sind, den Eintritt der Wirkung zu verhindern, entfernt werden, aber trotzdem wird niemand sagen, daß die Entfernung dieser Einflüsse die Wirkung hervorgebracht hat. So ist es z. B., wenn der Täter, um leichter in die fremde Herrschaftssphäre einzudringen, gefahrlos seine "Fremdschädigung" ausführen zu können, sein Opfer in den Fällen mittelbarer Schadensverursachung beim Sachbetrug zu gewissen vorbereitenden Maßnahmen veranlaßt, beispielsweise dazu, sich aus dem Raum, aus dem der Täter die Sache entwenden will, zu entfernen.

Damit die Reinheit des Betrugs gewährleistet bleibt, muß § 263 auf Selbstschädigungsakte beschränkt bleiben. Das bedeutet: Mittelbare Verfügungsfolgen sind von vornherein aus dem Betrugstatbestand auszuklammern. Unmittelbare Konsequenzen können prinzipiell unter § 263 subsumiert werden, es sei denn, es handelt sich um unmittelbar bewirkte betrugsirrelevante bloße Gewahrsamslockerungen, die erst durch weitere eigenmächtige Handlungen des Täters, also mittelbar, zu einem Gewahrsamsverlust führen.

§ 2 Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl

I. in Literatur und Rechtsprechung

Obgleich die herrschende Meinung [239] sog. unbewußte Vermögensverfügungen akzeptiert, beharrt sie doch auf einem ausnahmslosen Exklusivitätsverhältnis von Betrug und Diebstahl. Diejenigen Autoren, welche Ausnahmen konzedieren, werden im Zusammenhang mit den "Beispielen im Zweierverhältnis" genannt werden. In der Rechtsprechung fallen in neuerer Zeit lediglich die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf [240] -der eine Entwendung aus einem Selbstbedienungsladen zugrundeliegt- und des Oberlandesgerichts Frankfurt [241] -hier ging es um die Entwendung von Uniformstücken aus einem fremden Spind-, in denen die Senate jeweils für eine Idealkonkurrenz zwischen Betrug und Diebstahl plädierten, scheinbar aus dem Rahmen. Bei diesen Entscheidungen gilt es zu beachten, daß sich der Diebstahl beide Male auf eine Sache, der gleichzeitige Betrug sich hingegen auf Forderungen bezog, also differente Vermögensobjekte betroffen waren, mithin eine Erfüllung beider Straftatbestände durchaus möglich blieb.

II. Lösungsweg - und Lösungsvorschlag:

Die"Rumpfgewahrsamskonzeption"

1. Die Relevanz der Täuschungshandlung für den Wegnahmeausschluß

Nur sofern auch ein täuschungsbedingter Wille für ein Einverständnis mit der Wegnahme im Sinne des § 242 ausreicht, kann es überhaupt zu einer Diskussion über die Exklusivität der Tatbestände des Betrugs und des Diebstahls kommen.

---

239) vgl. BGHSt 17/S. 205 f.; weitere Nachweise bei Schönke-Schröder, § 263, Rdn.; 140;

240) NJW 1961/S. 1368 f. (1369);

241) NJW 1962/S. 1879 f. (1881);

Die herrschende Meinung [242] hält heute ein irrtumsbeeinflußtes Einverständnis für diebstahlsrelevant, ohne ihre These zu begründen.

Im römischen Recht gelangte man zu einem konträren Resultat und nahm einen Diebstahl an, wenn der Betroffene aufgrund der Täuschung nicht das Eigentum sondern lediglich den Besitz an einer Sache übertragen hatte [243]. Zur Erläuterung wurde angeführt, wegen der Täuschungshandlung und des dadurch hervorgerufenen Irrtums sei keine wirksame Einwilligung möglich, weil der wahre Wille anders geartet, nämlich gerade nicht täuschungsbedingt sei.

Soweit diese Theorie auch heute noch von der überwiegenden Meinung für die die Rechtswidrigkeit einer Tat ausschließende Einwilligung vertreten wird, ist nichts dagegen einzuwenden, denn für die Rechtsordnung ist nur der wahre in vollem Bewußtsein der Tragweite der Handlung geäußerte und nicht der durch einen Irrtum "verunklarte" Wille des Opfers relevant.

Hier geht es dementgegen aber um die tatbestandsausschließende Einwilligung, die als "negatives Tatbestandsmerkmal" eine neue Tatbestandssituation schafft. Sind jedoch die tatsächlichen Gegebenheiten maßgebend, kann nicht gesagt werden, daß der positive Wille ungeschehen wird, weil er arglistig herbeigeführt wurde [244].

---

242) vgl. Jagusch, aaO., § 242, Anm. III; Gribbohm, JuS 1964/ S. 235; Soltmann, S. 33; Wimmer, NJW 1947/48/S. 243; Geerds, S. 188; Hellriegel, S. 61; OLG Nürnberg, NJW 1949 S. 877; RG HRR 1939/S. 350; wohl auch RGSt 56/S. 118, der Senat spricht bei Täuschung von Weggabe; zu diesem Ergebnis gelangte bereits Feuerbach, Lb., § 318;

243) vgl. Escher, S. 276 - 277;

244) vgl. auch Geerds, S. 185;

Aus dem Wegnahmebegriff läßt sich ein weiteres Argument herleiten: Ein Irrtum vermag den Erwerb von Gewahrsam an einer Sache nicht zu hindern, denn der Herrschaftswille des zukünftigen Gewahrsamsinhabers wird durch einen Irrtum nicht zu einem entgegenstehenden Willen, und die mit Willen erhaltene Herrschaftsmöglichkeit wird durch einen widerrechtlichen Zweck nicht zu einer Herrschaftsmöglichkeit wider Willen.

Was für den Gewahrsamserwerb gilt, muß aber auch für den Verlust der Sachherrschaft, also das eine "Wegnahme" ausschließende "Einverständnis" Gültigkeit haben.
Kann somit ein täuschungsbedingtes "Einverständnis" einen Diebstahlsausschluß bewirken, besteht die Möglichkeit einer Alternativität der §§ 263 und 242 trotz einer erfolgreichen Täuschungshandlung.

2. Die Bedeutung des "Rumpfgewahrsams"

Wenn der getäuschte Gewahrsamsinhaber seinen Gewahrsam aufgrund des Irrtums übertragen will, ist der Diebstahlstatbestand ausgeschlossen, denn es ist logisch unmöglich, in einem einheitlichen tatsächlichen Vorgang, der nur einen einzigen Gewahrsam an einer Sache betrifft, zwei konträre Willen zu bilden. Problematisch bleibt der Fall des "bloßen Gewahrsamsbetrugs".

Wir haben gesehen, daß der Getäuschte im Zweierverhältnis verfügen kann, ohne einen Gewahrsamsübertragungswillen haben zu müssen. Er schädigt sich im Zweierverhältnis nach dem Wesen des Betrugs "selbst", wenn sein willentliches Verhalten dazu führt, daß der Täter allein durch die Betätigung seines Herrschaftswillens Gewahrsamsinhaber wird -nämlich das Opfer persönlich die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Gewahrsam durch den Täter schafft, diesem "Rumpfgewahrsam" konstituiert. Räumt aber der Getäuschte dem Täter nach den sozialen Anschauungen derivativ

die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit (1. Komponente des Gewahrsamsbegriffs) - "Rumpfgewahrsam"- ein, begibt sich der Getäuschte also seiner eigenen Herrschaftsmöglichkeit und damit seines Gewahrsams an einer Sache, indem er das Vermögensobjekt quasi aus seiner Herrschaftssphäre herausreicht, sind die Weichen dem Wesen der Delikte nach contra "Fremdschädigung" = Diebstahl gestellt. Denn unter diesen Umständen kann nicht mehr gesagt werden, daß der Täter eigenmächtig tätig wird, fremde Herrschaftsschranken überwindet und in eine Herrschaftssphäre eindringt, um die begehrte, wirtschaftlich vorteilhafte Position zu dem betreffenden Vermögensobjekt einzunehmen [245].

Diese die Antithetik von Betrug und Diebstahl bestätigende "Rumpfgewahrsams"konzeption dient der Systematik der Vermögensdelikte. Sie ermöglicht im Zweierverhältnis eine exakte Abgrenzung der §§ 263 und 242: Es kann stets nur alternativ ein Betrug oder ein Diebstahl gegeben sein. Das Schlagwort vom "Geben" (§ 263) und "Nehmen" (§ 242) hat -wenn auch mit anderem sachlichen Gehalt- wieder Gültigkeit. Wer willentlich seinen "Rumpfgewahrsam" aufgibt ("gibt"), kann nicht, wenn ein einziger Gewahrsam Gegenstand der Transaktion ist, das Opfer einer "Fremdschädigung" -eines Diebstahls- werden. Vollzieht sich der "Rumpfgewahrsams"-wechsel hingegen trotz einer Täuschung aufgrund einer Eigenmächtigkeit des Täters ("nimmt"dieser also), erfüllt der Täter ausschließlich § 242.
Die Konzeption wird auch dem Unrechtsgehalt der jeweiligen Tathandlung gerecht. Wenn der Täter nicht in eine fremde Herrschaftssphäre eindringt und das Vermögen des Opfers insoweit "respektiert", ist dem Täter kein typisches Wegnahmeunrecht mehr vorzuwerfen. Vielmehr liegt das Schwergewicht seines Verhaltens,

245) Eine Ansicht, nicht nur der verfügende Gewahrsamsinhaber sondern auch der Eigentümer müsse mit der "Wegnahme" einverstanden sein, damit ein Diebstahl ausgeschlossen ist (so Herberger, S. 5) geht, wie bereits der eindeutigen Formulierung des Gesetzes zu entnehmen ist -danach ist die "Wegnahme" scharf von der Zueignung zu trennen- fehl.

wie es dem Leitbild des Gesetzgebers für einen Betrug entspricht, in der Täuschungshandlung, der Tatmodalität, dem Angriffsmittel des Täters.
Auch kriminalpolitisch ergeben sich keine Bedenken, da Strafbarkeitslücken vermieden werden. Was nicht "Selbstschädigung" ist, muß eine "Fremdschädigung" sein und umgekehrt. Fehlt einmal eine Täuschung, bleibt der Unterschlagungstatbestand eröffnet.

Die Zugrundelegung der Konzeption stellt im übrigen keine analoge Anwendung dar, da es sich um eine Auslegungsfrage handelt. Zudem hätte es nur eine erlaubte Analogie pro reo sein können: Der Täter kann nunmehr statt wegen Betrugs in Idealkonkurrenz, § 73, mit Diebstahl nur noch alternativ wegen Diebstahls, Betrugs oder Unterschlagung belangt werden.

III. Das Zweierverhältnis in Beispielen - Konsequenzen der "Rumpfgewahrsamstheorie"

Ob sich mit der erarbeiteten kriminologischen, systematischen und kriminalpolitisch befriedigenden Konzeption das Fallmaterial disziplinieren läßt, insbesondere, ob der "Rumpfgewahrsams"begriff in der bisher dargestellten Form ausreicht, um auch Grenzfällen gerecht zu werden, wird die Kommentierung der nachfolgenden Beispiele zeigen.

1. Die Entwendung einer Sache mittels Täuschung

a. Die Entwendung einer auf dem Schwarzmarkt überlassenen Sache

Der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg [246] lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

W und R verabredeten sich, einen Dritten um 2 Flaschen Schnaps zu prellen, die dieser ihnen zu Schwarzmarktpreisen überlassen wollte. Nachdem den beiden 2 Flaschen ausgehändigt worden waren und diese nur 4 Mark bezahlen wollten, verlangte der Dritte die Flaschen zurück und wollte sie W und R wieder abnehmen. Das gelang nicht.

246) HESt 2/S. 26 f.;

Nach Meinung des Oberlandesgerichts Hamburg legt der Sachverhalt die Annahme eines Betrugs "nahe", weil es "durchaus denkbar" ist, daß die Täter darauf hinwirkten, den Vertragspartner zu einer vorzeitigen Übergabe zu veranlassen, um sich Gewahrsam an den Flaschen zu verschaffen. Einen ähnlich gelagerten Sachverhalt -der Täter ließ sich auf dem Schwarzmarkt Zigaretten übergeben- qualifiziert das Oberlandesgericht Celle [247] ohne nähere Begründung als Betrug:

"Schwarzhändler, die ihm (scil. dem Täter) ihnen gehörende Zigaretten übergeben haben, haben damit Leistungen aus ihrem rechtmäßigen Vermögen erbracht, weil sie für die Leistungen keine Gegenleistung erhalten haben ..." 248).

Auch Gallas [249] plädiert für den Fall, daß eine Übergabe erfolgt ist, für eine Strafbarkeit gemäß § 263, ein Ergebnis, zu dem gleichfalls Wimmer gelangt, der als einziger begründet, daß der Täter bereits mit der Übergabe der Sache Gewahrsam erhält: "Von dem Augenblick, wo er die Sache hat, will er die Sache wie eine eigene ausschließlich beherrschen und kann das auch". 250)

Nach Schröder [251] verbleibt dem bisherigen Gewahrsamsinhaber selbst nach der Übergabe der Ware an den Täter noch ein "Gewahrsamsrest":

"Es muß aber auch angenommen werden, daß die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit bestehen bleibt und nicht lediglich wegen der Diebstahlsbereitschaft des Käufers aufgehoben ist. Wer die Sachen einem bei ihm Stehenden ... aushändigt, der verliert auch dann nicht eine, wenn auch geringer gewordene tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit, wenn dieser andere mit deliktischer Absicht gehandelt hat. Es

---

247) NdsRpfl 1947/ S. 25 f.;

248) aaO., S. 26;

249) Festschrift, S. 422, FN. 61; allerdings ohne ausdrücklich zu betonen, daß dies auch für den Fall gelten soll, daß die Ware nicht eingepackt worden ist;

250) NJW 1947/48/S. 241 f. (242);

251) Schröder -vgl. z. B. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 44; SJZ 1950/Sp. 97)-will lediglich dann wegen Betrugs bestrafen, wenn die Ware mit Billigung des Berechtigten auch eingepackt worden ist (vgl. SJZ 1950/Sp. 96)-wohl auch Maurach, BT, § 26 III, B 1; Gribbohm, JuS 1964/S. 235-. Zwischen dem Hinlegen der Ware auf den Ladentisch und einer Aushändigung derselben an den Täter will Schröder nicht differenzieren (vgl. SJZ 1950/Sp. 97 (Ladentisch) und Schönke-Schröder, aaO., Rdn. 44 (Aushändigung).

bleibt in der Person des Opfers zum mindestens ein Gewahrsamsrest bestehen, der durch das Fortlaufen des Täters aufgehoben, d. h. gebrochen werden kann" 252).

Deshalb fehle es für die Annahme eines Betrugs an dem Erfordernis eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Getäuschten und dem effektiven Vermögens(sprich Gewahrsams-) verlust 253).

Entscheidend für die Subsumierung der Tat unter den Diebstahls- oder Betrugstatbestand ist, da eine Gewahrsamslockerung noch keine relevante Vermögensgefährdung darstellt, ob der Getäuschte mit der Übergabe der Sache an den Täter seinen Gewahrsam verliert, obgleich er die tatsächliche Herrschaftsgewalt nicht aufgeben will - und der Täter "Rumpfgewahrsam" erhält.

Um das Risiko einer Vermögenseinbuße zu vermeiden, wird ein Schwarzhändler im Regelfall -davon geht deshalb auch die Sozietät aus- eine Sache erst aushändigen, wenn der vereinbarte Kaufpreis entrichtet worden ist. Wenn das Opfer dem Täter unvorsichtigerweise die Sache schon vor Bezahlung des Kaufpreises in die Hand gibt, befindet sich diese daher nach den sozialen Anschauungen in dessen "Körpersphäre". Daß das Opfer die Sache vor Bezahlung des Kaufpreises noch nicht endgültig ausgehändigt wissen will, und auch noch kein bürgerlichrechtliches Eigentum übertragen hat, besagt, daß es seine bisher bestehende Sachherrschaft über die betreffende Sache nicht aufzugeben wünscht, hindert jedoch nicht, daß das Opfer die Möglichkeit, Herrschaftsgewalt auszuüben, eingebüßt hat 254). Gleichermaßen ist unerheblich, ob die reale Möglichkeit besteht, die verlorene Sache zurückzuerlangen: Dem Opfer bliebe unter diesen Umständen nur

252) Schröder,SJZ 1950/Sp. 96;

253) vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 44;

254) Dies erkennt auch Schröder, SJZ 1950/Sp. 96; an.

die Chance, sich durch Anwendung von Tricks, Kraft und Schnelligkeit u. ä. die Sachherrschaft über die Sache wieder zu verschaffen, das bedeutet, neuen Gewahrsam zu konstituieren, nicht jedoch den ursprünglichen Gewahrsam zu erhalten. Deshalb findet in den Schwarzmarktschwindeleien, sofern die Sache dem Täuschenden ausgehändigt worden ist, grundsätzlich ein Gewahrsamswechsel statt. Zeitigt aber das willentliche Verhalten des schwarzhandelnden "Verkäufers" -seine Vermögensverfügung- einen vollständigen Gewahrsamsverlust und wird in der Person des Täters "Rumpfgewahrsam" konstituiert, erfüllt dieser entgegen Schröder den Betrugs- und nicht den Diebstahlstatbestand.

Schon jetzt können wir konstatieren:

(1) Die bürgerlichrechtlichen Beziehungen sind für die Betrugs- bzw. Diebstahlsstrafbarkeit des Täuschenden ohne Belang.

(2) Auf dem Schwarzmarkt begründet der Täter an einer ihm "überlassenen" Sache "Rumpfgewahrsam" kraft "Körpersphäre".

b. Die "beabsichtigte Überlassung"

Der Angeklagte forderte in einem Zigarettengeschäft eine Schachtel amerikanischer Zigaretten und eine Pfeifenspitze, danach noch eine Schachtel Streichhölzer. Als der Geschäftsinhaber sich umwandte, um die Schachtel Streichhölzer zu holen, nahm der Angeklagte die bereits auf den Ladentisch gelegten Zigaretten und die Pfeifenspitze an sich und verließ, ohne zu bezahlen, den Laden 255).

Das Oberlandesgericht Hamm geht bei der Beurteilung dieses Sachverhalts von dem begrifflichen Gegensatz der §§ 242 und 263 aus und argumentiert, daß es für einen Betrug an einer "unmittelbaren Verfügung"fehle: Die Täuschung des Angeklagten

255) Teilsachverhalt eines von dem OLG Hamm in JMBl NRW 1950/ S. 48 f. (48) entschiedenen Falles;

habe nur eine Gewahrsamslockerung zur Folge gehabt. "Der Geschäftsführer wollte ,..., wie es beim Handkauf üblich ist, dem Angeklagten Zigaretten und Pfeifenspitze nur Zug um Zug gegen Bezahlung des Preises aushändigen. Solange die Zigaretten und die Pfeifenspitze auf dem Ladentisch lagen, hatte er an ihnen noch keinen eigenen Gewahrsam" 256).

Wenn die "gekaufte" Ware lediglich auf den Ladentisch gelegt wird, gelangt auch die herrschende Meinung zu einer Strafbarkeit allein wegen Diebstahls [257].

Einen ähnlichen Fall hatte das Kammergericht zu entscheiden:

Der Täter spiegelte dem Verkäufer hinsichtlich einer Rinderzunge vor, einen Barkauf tätigen zu wollen und veranlaßte diesen dadurch, die Ware verpackt auf den Ladentisch zu legen. Der Verkäufer hatte die Hand noch an dem Paket, als der Täter ihm dieses plötzlich entriß und davoneilte.

Das Kammergericht, dem Hellriegel [259] folgt, erkennt auf Betrug und Diebstahl in Idealkonkurrenz, § 73, weil mit dem Hinlegen der Ware auf den Ladentisch schon eine relevante Vermögensgefährdung vorliege. Die Art des Konkurrenzverhältnisses begründet Hellriegel [260] damit, daß eine "einheitliche Handlung " gegeben sei, die eine "mehrfache rechtliche Bewertung" erfordere 261).

In den Beispielen "beabsichtigter Überlassung" ist die rechtliche Situation regelmäßig eindeutig. Die Ware verbleibt

---

256) aaO., S. 49; der Senat läßt dahingestellt, wie zu entscheiden gewesen wäre, falls der Täter die Waren mit Einverständnis des Geschäftsführers bereits eingesteckt hatte;

257) vgl. Schröder, SJZ 1950/Sp. 97; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 44; Gallas, aaO., S. 422; BGH LM, § 242, Nr. 11; RG GA 19/S. 613;

258) KG DStr 1937/S. 57; (Bd.84)

259) S. 90 f. (S. 90 -Diebstahl-; S. 91-92 -Betrug);

260) S. 93;

261) Für eine Realkonkurrenz will sich Hellriegel, S. 94, hingegen entscheiden, falls zwischen der "Gefährdung der Sache und der Wegnahme ein gewisser Zeitraum liegt".

grundsätzlich noch in der "Raumsphäre" des bisherigen Gewahrsamsinhabers:

Der Ladentisch gehört zu der sozialen "Raumsphäre" des Geschäftsherrn und die Ware befindet sich, solange der Täter noch keinerlei körperlichen Kontakt zu ihr hat - obgleich dieser der Sache vielleicht näher "steht" als der Vermögensträger -, nicht gleichzeitig auch in einer Herrschaftssphäre des Täters und damit noch nicht in dessen "Rumpfgewahrsam". Denn: "Bei zwei rivalisierenden Willen, wie sie hier vorhanden sind, kann die ... (bei dem Geschäftsherrn) unbestritten vorhandene Herrschaftsmacht ... solange fortdauern, als es ... (dem Täter) noch nicht gelungen ist, für sich eine bessere Position und damit auch eine stärkere Herrschaftsmacht zu begründen" 262).

Um dem Vermögensträger dessen "Rumpfgewahrsam" und somit zwangsläufig auch dessen Gewahrsam an der Sache zu entziehen und selbst "Rumpfgewahrsamsinhaber" zu werden, müßte der Täter eigenmächtig in die Herrschaftssphäre des Opfers eindringen. An diesem eigentlich schädigenden Akt nähme der Getäuschte keinen positiven willensmäßigen Anteil im Sinne des Verfügungsbegriffs.

So muß es jedoch nicht in sämtlichen Fallkonstellationen "beabsichtigter Überlassung" sein:

A will dem B eine Kassette mit Juwelen abschwindeln und bestellt diesen unter der Vorspiegelung ihm ein besonders günstiges Kaufangebot machen zu wollen, in eine extra von ihm zu diesem Zweck vorübergehend gemietete Wohnung. Nachdem es A gelungen ist, B unter einem Vorwand aus dem Zimmer zu locken, verschließt A blitzschnell die Zimmertür, ergreift die von B auf den Tisch gestellte Kassette und verschwindet mit dieser auf Nimmerwiedersehen.

Die Kassette wechselte mit Einverständnis des B, also mittels einer Verfügung, von dessen "Körpersphäre" in die "Raumsphäre" des Täters, obgleich die Kassette noch nicht "überlassen" werden sollte.

Resümieren wir:

Solange die "Überlassung" - einerlei aus welchem Grunde - lediglich

---

262) Goldschmidt, GA 47/S. 355;

beabsichtigt ist und keiner der Beteiligten nach der von dem Vermögensträger gebilligten "Transaktion " körperlichen Kontakt zu der von dem Täter erstrebten Sache hat, gewinnen regelmäßig [263] die von der Sozietät akzeptierten "Raumsphären" an Bedeutung. Essentiell für die Qualität der Strafbarkeit ist, ob die Sache mit Einverständnis des Gewahrsamsinhabers in eine "Raumsphäre" des Täters gelangt (§ 263) oder sich noch in der "Raumsphäre" des Opfers befindet und der Täter sie aus der fremden Sphäre noch -gegen den Willen des Berechtigten- in seine eigene Sphäre schaffen muß (§ 242).
Bisher haben wir die Relevanz der "Körper"- und "Raumsphäre" für den "Rumpfgewahrsams"begriff kennengelernt.

c. Die kurzfristige "Überlassung"

aa. aufgrund einer Täuschung an den Täter

aaa. zur Probe

Für diese Fallkonstellation hat Hellriegel [264] einen Sachverhalt konstruiert, dem das folgende Beispiel nachgebildet ist:

Der 10-jährige C hat ein Fahrrad geschenkt erhalten und übt sich damit auf der Straße. Der 18-jährige D kommt hinzu und sagt dem C, wenn dieser ihn einmal fahren lasse, werde er dem C das Radfahren beibringen. C überläßt dem D arglos das Fahrrad und D fährt damit -entsprechend seiner vorgefaßten Absicht- auf Nimmerwiedersehen davon.
Nach Hellriegel [265] soll D sowohl den Tatbestand des Diebstahls als auch den des Betrugs erfüllen.

Als D mit dem Fahrrad mit Einverständnis des C wegfährt,

263) das gilt natürlich nur für den Fall, daß sich die Sache nach der Transaktion in einem Raum der Beteiligten befindet;

264) vgl. S. 69 - 70;

265) S. 70;

um eine "Probe"-fahrt zu machen, verliert C nicht nur faktisch jede Herrschaftsmöglichkeit [266], sondern -und das ist maßgebend- das Fahrrad wechselt in diesem Zeitpunkt von der "Körpersphäre" des C in die "Körpersphäre" des D. D erhält "Rumpfgewahrsam" aufgrund einer Vermögensverfügung und erfüllt wegen des Exklusivitätscharakters der Delikte entgegen Hellriegel nicht gleichzeitig auch den Diebstahlstatbestand. Insoweit können wir uns noch auf unsere Ausführungen zum "Rumpfgewahrsamsbegriff" bei den Schwarzmarktschwindeleien beziehen.

Bereits in diesem Stadium der Fallaufbereitung läßt sich sagen, daß es an sich irrelevant ist, ob die "Überlassung" für Dauer oder nur vorübergehend vorgesehen oder ob sie lediglich beabsichtigt ist.

bbb. zum Zwecke der Besichtigung

Für diese Fallgruppe sei folgende Sachlage genannt:

Der ernste Kaufabsichten vorspiegelnde Täter erreicht, daß der Juwelier ihn einen Perlenring in die Hand nehmen läßt, damit dieser ihn besser begutachten kann. In einem günstigen Augenblick verschwindet der von vornherein auf Schwindel bedachte "Kunde" mit dem Ring aus dem Geschäftsraum.

und die Variante:

Dem Täter ist gestattet, sich den Ring zwecks Besichtigung, um den natürlichen Glanz der Perle bewundern zu können, mit vor die Ladentür zu nehmen.

---

266) Für den Herrschaftswillen genügt, da der Gewahrsam kein Rechtsverhältnis einer Person zu einer Sache, sondern eine rein tatsächliche Beziehung darstellt, ein natürlicher Handlungswille. (Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 22 mit Nachweisen). Aus dieser natürlichen Beschaffenheit des Gewahrsamswillens folgt, daß auch Betrunkene und Kinder Gewahrsamsinhaber sein können.

Die überwiegende Meinung tritt in den Besichtigungsfällen, ohne zu differenzieren, für eine Strafbarkeit des Täters wegen Diebstahls ein [267] [268].

Dalcke-Schäfer [269] meint, daß der Täter neben § 242 gleichzeitig auch § 263 erfüllt: durch die Täuschungshandlung werde bereits eine "Vermögensgefährdung" bewirkt, "neben der der Gewahrsamsbruch selbständig steht".

Auch Sauer [270] plädiert für ein Konkurrenzverhältnis zwischen Diebstahl und Betrug aufgrund der von ihm bevorzugten Adäquanztheorie.

Diese Mindermeinungen sind schon deshalb nicht haltbar, weil Gewahrsamslockerungen eben noch keinen relevanten "Vermögensschaden" darstellen und die Adäquanztheorie abzulehnen ist.

Auch in den Besichtigungsfällen will der Geschäftsherr den Gewahrsam bis zum endgültigen Kauf und letztlich bis zur Bezahlung des Kaufpreises behalten. Es ist jeweils für den konkreten Sachverhalt festzustellen, bei welcher Person sich nach der vom Vermögensträger gewollten Transaktion die tatsächliche Herrschaftsgewalt befindet, ob der Berechtigte seinen "Rumpfgewahrsam" bereits eingebüßt hat und dem Täter "Rumpfgewahrsam" eingeräumt worden ist. Es bleibt mithin auch in den Besichtigungsfällen entgegen der herrschenden Auffassung eine Frage des Einzelfalles, ob der Täter einen Betrug oder einen Diebstahl begeht.

---

267) vgl. z.B. OLG Braunschweig, Nds. Rpfl. 1947/S. 24 f.; Otto aaO., S. 65; Gribbohm, JuS 1964/S. 235; Schönke-Schröder, aaO., Rdn. 44; Hellriegel, S. 89; Welzel, Lb.11 § 48 I 2a; Schröder SJZ 1950/Sp. 96; Maurach, BT, § 26 III B 1, § 38 II 2B 3a;

268) Besonders krass formuliert Merkel (HH III, S. 664): "Der angebliche Kauflustige der ... in diebischer Absicht nicht gekaufte Sachen in seinen Taschen versteckt, ist ohne Zweifel (!) des vollendeten Diebstahls schuldig".

269) § 263, Anm. 7;

270) § 7 II 2 d;

(1) Die im Geschäftsraum in die Hand des "Kunden" gegebene Ware

Sofern der Täter die Ware im Laden in die Hand nimmt, um sie zu"besichtigen", und der Geschäftsherr dieses Verhalten billigt, könnten zwei Herrschaftssphären miteinander konkurrieren -die "Körpersphäre" des Täters und die "Raumsphäre" des Geschäftsinhabers-, falls die Sozietät diese beiden Sphären auch bei Berücksichtigung der besonderen Umstände anerkennt.

In Juwelierläden, wo das intensive Besichtigen von Gegenständen an der Tagesordnung und auch das Berühren und Anfassen der Sachen üblich ist, wird die Sozietät keine Sachherrschaft aufgrund einer "Körpersphäre" konzedieren, solange der "Kunde" die Sache lediglich ergreift und in seinen Händen hält. Die Ware verbleibt vielmehr weiterhin ausschließlich in der "Raumsphäre" und damit im Gewahrsam des Vermögensträgers, unabhängig davon, wie es um die tatsächlichen Kräfteproportionen bestellt ist, ob der Täter die erstrebte Sache vielleicht besonders "fest" in seinen Händen hält und ihm unter Umständen auch ein Verlassen des Ladenraums ohne Überwindung von Hindernissen möglich ist [271]. Bei einer "Besichtigung" in Juwelierläden fehlt es deshalb für einen Betrug des Täters an einem unmittelbaren Ursachenzusammenhang zwischen der Verfügung des Geschäftsherrn und dem Schaden=Gewahrsamsverlust:
Die einverständliche Transaktion des Getäuschten führt unmittelbar nur eine irrelevante Gewahrsamslockerung herbei. Sobald der Täter die "besichtigte" Sache einsteckt, geht diese zwar in seine Sachherrschaft über - die insoweit von der Sozietät akzeptierte "Körpersphäre" des Täters geht der "Raumsphäre"

271) Nicht maßgeblich ist, wie Otto, aaO., S. 65, annimmt, ob ein redlicher Käufer die Sachherrschaft des Inhabers respektieren würde, denn die Motive des "Kunden" sind der Umwelt zumindest in diesem entscheidenden Stadium noch verborgen.

des Berechtigten als speziellere vor [272]. Der Täter erwirbt "Rumpfgewahrsam". Diesen hat der Täter jedoch nicht durch eine Vermögensverfügung sondern mittels einer "Wegnahme", also aufgrund eines Diebstahls erlangt, denn die zum "Rumpfgewahrsams"-wechsel führenden Manipulationen waren von dem Geschäftsherrn nicht mehr gewollt.
In Geschäftsräumen anderer Branchen kann in Besichtigungsfällen durchaus eine abweichende strafrechtliche Beurteilung angezeigt sein.

(2) Die Entwendung einer vor der Ladentür "besichtigten" Ware

Erlaubt der Geschäftsherr dem "Kunden", die zu besichtigende Ware in die Hand zu nehmen und sich damit vor die Ladentür zu begeben, könnte ein mit größerer tatsächlicher Herrschaftsmacht ausgestatteter Herrschaftswille den bisherigen Gewahrsam des Geschäftsherrn beseitigt haben und infolgedessen eine Bestrafung nach § 242 ausgeschlossen sein.
An der Ladentür endet die Raumsphäre des Vermögensträgers. In dem Zeitpunkt, da der "Kunde" sich mit der Ware mit Einverständnis des Geschäftsherrn aus dem Ladenraum entfernt, wird der bestehende Gewahrsam des Berechtigten durch eine Verfügung aufgehoben, falls sich die Sache von diesem Augenblick an in der "Körpersphäre" des "Kunden" befindet. So wird es regelmäßig sein, denn nach den sozialen Anschauungen ist eine Ware, mit der jemand den Laden verläßt, grundsätzlich dem Kunden zuzurechnen. Letztlich bleibt es jedoch eine Frage der besonderen Umstände des konkreten Sachverhalts. Vor Juwelierläden, wo eine Besichtigung von Schmuckstücken durchaus in den Rahmen des üblichen fällt, wird die Sozietät beispielsweise eine Ausnahme konzedieren und die in der Hand des "Kunden" befindliche Ware zwar als aus der Raumsphäre des Geschäftsherrn aber noch nicht als in die

272) insoweit könnte man auch mit Wimmer, NJW 1962/S. 614, von der Kleidung als einer "Gewahrsamsexklave" sprechen;

Körpersphäre des Täters gelangt ansehen. Sind somit die Gewahrsamsverhältnisse an dem Perlenring in der Sachverhaltsvariante mit Hilfe des Korrektivs der sozialen Anschauungen nicht nach "Herrschaftssphären" zu kategorisieren [273], bedarf es eines Rückgriffs auf die Faktizität. Essentiell ist also in derartigen Fallkonstellationen, ob der Täter aufgrund seiner physischen Möglichkeiten in der Lage ist, die erbeutete Sache tatsächlich zu beherrschen. Zur Klärung dieser Tatfrage kommt es entscheidend auf die Örtlichkeiten, die Anwesenheit etwaiger Passanten und die Kraft und Schnelligkeit von Täter und Vermögensträger an.
Der Täter könnte sich also alternativ wegen Diebstahls oder wegen Betrugs strafbar gemacht haben.

Fazit:
(1) Die von dem Vermögensträger mit der Transaktion verfolgten Motive sind für die Deliktsqualität ohne Belang.
(2) In den bisherigen Fallgruppen offenbarte sich die ganze Palette der differenten "Rumpfgewahrsams"formen: So wurde dem Täter ein Rumpfgewahrsam an in seiner "Körper"- und "Raumsphäre" befindlichen Sachen zugestanden. Auch zeigte sich die dominierende Stellung der "Körpersphäre" im Vergleich zur "Raumsphäre" im Falle der Sphärenkonkurrenz. Darüberhinaus erreichten wir eine weitere Konkretisierung des "Rumpfgewahrsams"begriffs: Sofern die sozialen Anschauungen keine Kategorisierung nach Herrschaftssphären zulassen, ist auf Faktizitätsgesichtspunkte zurückzugreifen, d. h. auf die physischen Möglichkeiten der beteiligten Personen sowie auf die Besonderheiten der betroffenen Sache -deren Gewicht, Größe usw. - Bedacht zu nehmen.

---

273) Der Umwelt bieten sich folgende Alternativen: Entweder hat der Kunde das Schmuckstück bereits gekauft und bezahlt und es gehört deshalb ihm oder es ist ihm nur vorübergehend zur Besichtigung ausgehändigt. Mangels eindeutiger Kategorisierungsmöglichkeit kann keine Zuordnung nach sozialen Anschauungen erfolgen.

Zur Vertiefung dieses faktischen Elements des "Rumpfgewahrsams"-begriffs sollen noch einige weitere Varianten von Sachlagen nur "vorübergehender Überlassung" herangezogen werden.

ccc. zur Obhut

Ein einem einem Beispiel von E. Schmidt [274] nachgebildeter Sachverhalt mag in diese Fallgruppe einführen:

A hat Einkäufe gemacht und geht mit voller schwerer Markttasche nach Hause. Vor einem mehrstöckigen Mietshaus wird sie von einer "gehbehinderten" freundlichen alten Dame gebeten, für sie im 4. Stock bei Frau X einen äußerst wichtigen Brief persönlich abzugeben. Damit A die schwere Tasche die Treppen nicht hinaufzutragen braucht -einen Fahrstuhl gibt es in diesem Hause nicht-, erklärt sich D bereit, bis zur Rückkehr von A auf die Tasche zu achten. A findet weder Frau X im 4. Stock noch später auf der Straße D oder ihre Markttasche: D hatte sich mit der Tasche, wie von vornherein geplant, davongemacht.

Für diesen Fall gelangt Hellriegel [275] zu einem Konkurrenzverhältnis von Diebstahl und Betrug: A habe einerseits eine Verfügung über ihr Vermögen getroffen, als sie die Tasche zu D stellte, andererseits sei aber auch der Tatbestand der "Wegnahme" erfüllt: Der Gewahrsam der A an der Tasche gehe verloren, als sie die Tasche bei D beläßt. "Dieser Gewahrsamsverlust vollzieht sich aufgrund der Handlung der A, aber dennoch wegen der Täuschung und des darauf fußenden Irrtums gegen ihren Willen. Damit ist ein Gewahrsamsbruch gegeben, zu dem die Täterin ... die Gewahrsamsinhaberin A als Werkzeug benutzt." 276)

A will den Gewahrsam an der Einkaufstasche nicht aufgeben, als sie diese in die Obhut der D gibt. Vielmehr soll D lediglich Hüterin der tatsächlichen Herrschaft der A werden. Bereits in diesem Augenblick könnte A die Sachherrschaft an der Tasche trotzdem unmittelbar durch eine Vermögensverfügung eingebüßt haben.

---

274) Strafrechtspraktikum, 1946, Fall Nr. 214;

275) S. 67 - 68;

276) S. 68;

Auf der Straße befindet sich die Tasche nach den sozialen Anschauungen weder in einer Herrschaftssphäre der A noch in einer solchen der D -solange D die Tasche nicht in ihre Hand nimmt. Die Herrschaftsmöglichkeit kann somit nicht nach den sozialen Anschauungen korrigiert werden. Wie der Rückgriff auf die Faktizität erhellt, wird D jedoch nicht erst "Rumpfgewahrsamsinhaberin", als sie "eigenmächtig" mit der Tasche verschwindet, sondern schon in dem Augenblick, als die Tasche willentlich in ihrer Nähe abgestellt wird und A sich entfernt, denn bereits von diesem Zeitpunkt an kann D die Tasche faktisch beherrschen [277]. Deshalb liegt eine -eine "Wegnahme" ausschließende- Gewahrsamsverfügung und somit allein ein Betrug vor.

ddd. zum Kontrollieren

Hierfür benennt Otto [278] ein Beispiel:

Ein angeblicher Schaffner postiert sich vor der Toilettentür des Zuges und fordert einen Fahrgast, der sich auf die Toilette begeben hat, nach angemessener Frist auf, seine Fahrkarte zum Zwecke der Kontrolle durch die Türritze zu schieben.

Für diesen Fall kann der von Otto geäußerten Ansicht, der Täter begründe in dem Augenblick, als er die Fahrkarte entgegennimmt, noch keinen Gewahrsam, sondern erst, nachdem er sie einsteckt und sich unter die anderen Fahrgäste mischt [279], nicht beigepflichtet werden. Der Gewahrsamswechsel vollzieht sich -läßt man Ausnahmefälle außer Betracht- bereits zu einem früheren Zeitpunkt durch eine Vermögensverfügung. Ob dies aufgrund einer Wertung nach den sozialen Anschauungen oder aber aufgrund faktischer Möglichkeiten geschieht, hängt davon ab, ob der Täter wegen irgendwelcher charakteristischer Merkmale als

277) es sei denn, die Tasche erweist sich im konkreten Fall als so schwer, daß dem Täter physisch eine Herrschaftsausübung verwehrt ist;

278) aaO., S. 65;

279) ebenda;

Schaffner angesprochen werden kann. Dieses unterstellt, würde die Sozietät davon ausgehen, daß der Täter die Fahrkarten, um sie zu kontrollieren, nicht aber, um an ihr Sachherrschaft zu konstituieren, in die Hand nimmt. Der Täter erhielte also keinen Gewahrsam kraft sozialer Anschauungen. Er brauchte aber, um "Rumpfgewahrsamsinhaber" zu werden, weder die Karte einzustecken, noch sich darüberhinaus unter andere Fahrgäste zu mischen, weil ihm in dem Augenblick, als die Karte durch die Türritze geschoben wird - sich somit nicht mehr in einer Sphäre des Berechtigten befindet-, die faktische Möglichkeit gegeben ist, Sachherrschaft auszuüben.

Ist der Täter der Umwelt äußerlich nicht als Schaffner erkennbar, und so wird es regelmäßig sein, würde sich im Ergebnis nichts an der rechtlichen Beurteilung ändern: Die sozialen Anschauungen ordnen dem Täter, da ein jeder Fahrgast sich durch eine Fahrkarte ausweisen muß und es durchaus nicht ungewöhnlich ist, daß man diese -seine eigene Karte- in seiner Hand hält [280], Herrschaftsgewalt aufgrund "Körpersphäre" zu.

In beiden Alternativen wäre also -sieht man von theoretisch möglichen Ausnahmen ab- entgegen Otto ein unmittelbarer Ursachenzusammenhang zwischen der Vermögensverfügung des Reisenden und dem eingetretenen Vermögensschaden, dem Gewahrsamsverlust, zu bejahen - mithin allein ein Betrug und kein Diebstahl anzunehmen [281].

Welche Konsequenzen sich nach der "Rumpfgewahrsams"konzeption für diejenigen Fallkonstellationen ergeben, in denen sich sog. untergeordnete oder gleichrangige Gewahrsamsinhaber nachträglich zu Sachherrn aufschwingen, soll im folgenden demonstriert werden.

---

280) zumindest rechnet die Sozietät nicht damit, daß ein Fahrgast eine ihm nicht gehörende Fahrkarte besitzt oder aber in seinen Händen hält;

281) In die Fallgruppen kurzfristiger Überlassung gehören weiterhin jene Sachverhalte, in denen das Opfer dem Täter Sachen beispielsweise zur Auswahl, zum Zählen oder zur Beförderung aushändigt. Hierher gehört auch der bereits in anderem Zusammenhang -bei der Diskussion des sog. Gewahrsamsübertragungswillens- zitierte Schrödersche Transportarbeiterfall (vgl. Schröder, ZStW 60/S. 44).

2. Die Übergabe einer Sache an eine zunächst redliche Person

a. wobei der spätere Täter sofort Gewahrsam begründet

A beauftragt den uniformierten Gepäckträger G, ihm seinen schweren Koffer ins Hotel zu bringen und erzählt ihm so nebenbei, daß er gerade große Summen im Spielkasino gewonnen habe und das Geld unvorsichtigerweise -obgleich die Welt doch so schlecht sei- im Koffer bei sich trage. G, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, macht sich die Gelegenheit, billig und schnell zu Geld zu kommen, zunutze und verschwindet in dem Menschengewühl auf dem Bahnhof mit dem Koffer, ehe noch A einen Bahnpolizisten herbeirufen kann.

Bezüglich des Koffers bestand zwischen A und G ein sog. gestuftes Gewahrsamsverhältnis: G mußte die auf die Ausübung der Herrschaftsgewalt gerichteten Weisungen des A befolgen und ist deshalb bei Zugrundelegung der herkömmlichen Gewahrsamsterminologie als untergeordneter Gewahrsamsinhaber zu betrachten [282]).

Die heute wohl einhellige Meinung tritt für den Fall, daß ein Mitgewahrsamsinhaber den Mitgewahrsam eines anderen Gewahrsamsinhabers ohne dessen Willen aufhebt, für eine Bestrafung des Täters wegen Diebstahls mit der Begründung ein, der Täter erlange durch seine Tat die alleinige Herrschaft über das Objekt [282 a])

Die herrschende Meinung beharrt auf dieser Auffassung, obgleich dadurch, wie die Vermögensverfügungen vermögensfremder Personen im Dreiecksverhältnis noch erhellen werden, ein in der Regel an sich strafrechtlich irrelevantes äußeres Verhalten - der Getäuschte macht sich durch seine Verfügung über fremde Ver-

---

282) das gilt natürlich nur, wenn man mit der herrschenden Meinung konform geht und nicht wie Schünemann, GA 1969/S. 52, und Soltmann, S. 82, den untergeordneten Gewahrsam als überflüssig und einer zweckvollen juristischen Begriffsbildung abträglich ablehnt;

282 a) vgl. z. B. BGHSt 8/S. 273; 10/S. 400; Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 24; Otto, aaO., S. 81; Gribbohm, NJW 1967/S. 1897 f. (1898); Schünemann, aaO., S. 52; Frank, § 242, Anm. IV; regelmäßig wird das Ergebnis aber nicht begründet;

mögensobjekte meist nicht strafbar - allein durch die innere Einstellung des Handelnden zu tatbestandsmäßigem Unrecht wird. Diese Konstruktion ist aus rechtsstaatlichen Gründen abzulehnen. Ein den Gewahrsam seines Mitgewahrsamspartners aufhebender Mitgewahrsamsinhaber würde bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung allein seiner bösen Gedanken wegen nach § 242 bestraft und die Konstruktion als ein Mittel benutzt, um den Anwendungsbereich der Norm auszuweiten, obgleich dieses vom Wesen des Diebstahls nicht geboten ist.

Aus dem Sinngehalt der Vorschrift läßt sich nicht herleiten, daß ein Mitgewahrsam auch einem sog. Mitgewahrsamsinhaber gegenüber schutzwürdig im Sinne des § 242 ist, denn in diesem Fall dringt der Täter nicht eigenmächtig in eine fremde Gewahrsamssphäre ein. Der Täter ist vielmehr als "Rumpfgewahrsamsinhaber" von vornherein von dem Vermögensträger in die Sachherrschaftsausübung einbezogen worden. Deshalb kann ihm auch kein typisches Wegnahmeunrecht vorgeworfen werden, sondern, sofern der Täter seine deliktische Absicht manifestiert, lediglich die Zueignung einer Sache, die der Täter bereits "hat" und darüberhinaus in der Mehrzahl der Fälle die Enttäuschung des ihm vom Vermögensträger entgegengebrachten Vertrauens, mithin von § 246 unter Strafe gestelltes Unrecht [283].

283) Die Notwendigkeit, eine Bestrafung wegen Diebstahls zu verneinen, verdeutlicht auch ein Vergleich mit der Stellung des Getäuschten im Dreiecksverhältnis, auf die wir noch eingehen werden: Wenn der Getäuschte im Dreiecksverhältnis als Rumpfgewahrsamsinhaber täuschungsbedingt disponiert und fremden Gewahrsam aufhebt, scheidet eine "Wegnahme" aus, weil der Vermögensträger sich willentlich latent der Sache begibt, als er dem Getäuschten die Sachherrschaft ermöglicht. Die Tatbestandssituation in bezug auf den Vermögensträger bleibt aber die gleiche, einerlei ob der Dritte sich die Sache im Zweierverhältnis selbst "nimmt",oder aber ob er sie einem anderen im Dreiecksverhältnis "gibt".

Zu diesen Konsequenzen zwingt zudem die Möglichkeit eines Gewahrsamsbetrugs im Zweierverhältnis; Wenn der Täter keinen Gewahrsam besitzt und sich die Sache "sofort" - sei es auch aufgrund einer Täuschung - zueignet, also einen "bloßen" Gewahrsamsbetrug im Zweierverhältnis begeht, scheidet ein Gewahrsamsbruch und damit § 242 aus, obwohl dem alten Gewahrsamsinhaber der Gewahrsamswechsel unerwünscht ist und er weiterhin seinen Herrschaftswillen betätigt. Es kann nun aber keinen Unterschied machen, ob der Dritte sich die Sache "sofort" oder aber - um es kraß auszudrücken - eine Sekunde später, mithin als Mitgewahrsamsinhaber zueignet. Die willensmäßige Einstellung des Vermögensträgers, an der sich ja allein die Qualifikation als "Wegnahme" im Sinne des Diebstahls orientiert, ändert sich nicht.

Entsprechend verhält es sich, sofern der spätere Täter und der Vermögensträger gleichrangigen Gewahrsam innehaben:

A und B sind Gesellschafter einer OHG. Beide haben je einen Schlüssel zu dem in den Geschäftsräumen stehenden Geldschrank. Während sich B auf einer Geschäftsreise befindet, entnimmt der in Geldverlegenheit befindliche A nach Geschäftsschluß die im Tresor liegenden 7.000,- DM.

Mitgesellschafter einer OHG haben, falls keine andere tatsächliche Regelung der Herrschaftsverhältnisse in der Firma besteht [284], grundsätzlich herkömmlichen gleichrangigen Mitgewahrsam an den Firmensachen. An dem Mitgewahrsam des B änderte sich auch während dessen Geschäftsreise nichts, denn durch eine lediglich vorübergehende Abwesenheit geht die Sachherrschaft noch nicht verloren. A würde somit nach der herrschenden Auffassung, als er das Geld gegen den Willen des B aus dem Geldschrank nimmt, den bestehenden Mitgewahrsam des B brechen, Alleingewahrsam begründen und den Diebstahlstatbestand erfüllen.

---

284) und davon wollen wir ausgehen;

Lediglich bei sog. qualifiziertem Mitgewahrsam besteht ein qualitativer Unterschied: Müssen beide oder bei mehreren Mitgewahrsamsinhabern sämtliche gemeinschaftlich handeln, um die Herrschaft über die betreffende Sache ausüben zu können, kann noch keiner von ihnen als "Rumpfgewahrsamsinhaber" betrachtet werden:
So ist es beispielsweise, wenn eine Sache in einem Tresor verwahrt wird, der nur mit mehreren verschiedenen Schlüsseln, die sich in den Händen verschiedener Personen befinden, gleichzeitig geöffnet werden kann.
Jeder der sog. Mitgewahrsamsinhaber muß sich unter Überwindung fremder Gewahrsamsschranken seinen "Rumpfgewahrsam" erst beschaffen, also eigenmächtig im Sinne des § 242 tätig werden. Deshalb ist es auch vom Unrechtsgehalt der Tat her gerechtfertigt, den Täter hier anders als im Fall des "einfachen" Mitgewahrsamsverhältnisses wegen Diebstahls zu belangen.

Damit ist nachgewiesen, daß der herkömmlichen Gewahrsamsterminologie im Zweierverhältnis für die Abgrenzung zwischen Verfügung und Wegnahme keine Funktion zukommt.

b. wobei der spätere Täter keinen Gewahrsam begründet

(1) Eine Hausgehilfin eignet sich Kleidungsstücke zu, die sie für ihre Herrschaft zur Reinigung bringen sollte.

(2) Die Putzfrau verwendet einen Teil des ihr für ihre Arbeit zur Verfügung gestellten Putzmittels für eigene Zwecke.

Nach herrschender Meinung sind diese Sachlagen ebenfalls ohne Einschränkung entsprechend den Entwendungen von sog. Mitgewahrsamsinhabern zu behandeln: Die Täterin bricht den Gewahrsam der Vermögensträgerin und erfüllt § 242.

Nach der Konzeption vom "Rumpfgewahrsam" ist danach zu differenzieren, welche der Komponenten des Gewahrsamsbegriffs nicht

gegeben ist. Für den Fall, daß der spätere Täter vor der Tat keinen Herrschaftswillen hatte, ihm aber "Rumpfgewahrsam" eingeräumt war (1), gelangen wir zu dem Ergebnis, daß ein Gewahrsamsbruch und somit auch ein Diebstahl ausscheidet. Liegen hingegen die sachlichen Voraussetzungen für einen Gewahrsam = "Rumpfgewahrsam" nicht vor (2), ist der sich später zum Sachherrn aufschwingende und seine Zueignungsabsicht manifestierende Täter wegen Diebstahls zu bestrafen. Diese differenzierende Betrachtungsweise entspricht dem Unrechtsgehalt der Tat, denn dem Täter ist nur, sofern ihm vor der Tat kein "Rumpfgewahrsam" eingeräumt worden war, er also noch eigenmächtig in eine fremde Herrschaftssphäre eindringen muß (2), typisches Wegnahmeunrecht vorzuwerfen und nicht "bloß" die Enttäuschung des ihm von dem Vermögensträger gewährten Vertrauens (1).

Wir konstatieren:
Genauso wie ein herkömmlicher Gewahrsamsinhaber bricht auch ein Nichtgewahrsamsinhaber unter der Voraussetzung, daß er "Rumpfgewahrsam" innehat, keinen fremden an der Sache bestehenden Gewahrsam mehr und erfüllt somit auch nicht § 242.

3. Die "beobachtete Entwendung"

Da der Diebstahl seit der Peinlichen Gerichtsordnung keine Heimlichkeit mehr bedingt, kann ein vollendeter Diebstahl auch vorliegen, wenn der Täter beobachtet wird.

Dabei sind zwei Gesichtspunkte auseinanderzuhalten: Zum einen könnte die Vollendung des Diebstahls daran scheitern, daß ein "Einverständnis" mit der"Wegnahme" vorliegt. Zum anderen könnte wegen der Beobachtung des Täters bei der Tat eine "Rumpfgewahrsamserlangung" durch den Täter und damit ein Gewahrsamswechsel zu verneinen sein.

Zu einer "Wegnahme" kann es in den Beobachtungsfällen niemals kommen, wenn der Vermögensträger mit einem "Gewahrsam" des Täters einverstanden ist, da ein solches Einverständnis ja schon begrifflich einen "Gewahrsamsbruch" und somit eine "Wegnahme" ausschließt. Zwar wird für die relevante rechtfertigende Einwilligung zu Recht eine Kenntnis als subjektives Rechtfertigungselement verlangt. Weil die Unkenntnis des Täters nichts an der Tatsache des "Einverständnisses" zu ändern vermag, spielt es jedoch für die tatbestandsausschließende Wirkung des "Einverständnisses" keine Rolle, ob der Täter davon weiß:

V verwahrte den Nachlaß des E für dessen Erben. Darin befand sich auch eine Briefmarkensammlung. A, ein Bekannter des V, hatte V wiederholt gebeten, ihm eine bestimmte Marke der Sammlung gegen ein in der Zähnung leicht beschädigtes Stück zu überlassen: S, der nichts von Marken versteht, werde den Umtausch sicherlich nicht bemerken. Als A sich eines Tages allein im Arbeitszimmer des V befand und sich unbeobachtet glaubte, ging er daran, den Umtausch selbst vorzunehmen. V hatte jedoch von der Terrasse aus gesehen, wie A die Briefmarkensammlung hervorholte und sofort den richtigen Schluß gezogen. Gleichwohl schritt er nicht ein, weil er dem A die Erlösung von seinem Sammlerschmerz gönnte und auch davon ausging, daß der Nichtsammler S später den Umtausch nicht bemerken werde.

Da A von dem Einverständnis des V nichts wußte, hatte er die Vorstellung, fremden Gewahrsam zu brechen. Mithin ist nach der sog. subjektiven Theorie der Tatbestand eines -untauglichen- Diebstahlsversuchs erfüllt [285].

Die gleiche Problematik zeigt sich auch bei der sog. Diebesfalle (1) und dem sog. Fangbrief (2):

(1) Der Großhändler G hat den Lagerarbeiter L in Verdacht, Waren zu entwenden. Um ihn des Diebstahls zu überführen, kennzeichnet G heimlich die Waren, von denen er vermutet, daß L sie stehlen werde. Außerdem beobachtet G, der sich auf die Lauer gelegt hat, die Entwendung durch L.

---

285) dabei sind eine etwaige Unterschlagung, § 246, Urkundsdelikte und auch eine Strafbarkeit des V außer Betracht gelassen worden;

Da G wirklich -wenn auch nur vorübergehend- den Verlust seines Gewahrsams beabsichtigte und auch wollte, daß L neuen Gewahrsam an den erbeuteten Sachen konstituierte, lag objektiv kein Bruch fremden Gewahrsams vor. Daran ändert der Umstand nichts, daß G den L die Ware gerade deshalb mit nach Hause nehmen ließ, um ihn eines vollendeten Diebstahls zu überführen, denn, ob eine "Wegnahme" anzunehmen ist, kann nur objektiv entschieden werden. Die Vorstellung des G, daß er, um den L des "vollendeten Diebstahls" zu überführen, diesen erst einmal die Sachen wegschaffen lassen mußte, war allein das Motiv, das dazu führte, daß G zunächst mit dem Verlust seines Gewahrsams einverstanden war. Deshalb konnte es im zu beurteilenden Fall lediglich zu einem versuchten Diebstahl kommen.

(2) Um einen in Diebstahlsverdacht stehenden Postbeamten (Schließfachverteiler) zu überführen, gab der Aufsichtsbeamte des Sortiersaales auf Anweisung der Überwachungsstelle der Oberpostdirektion einen von dieser hergestellten Fangbrief, der zwei besonders gekennzeichnete DM-Stücke enthielt, zu den Eingängen. Der A öffnete den Brief und steckte die beiden Münzen in seine Geldbörse. Dort wurden sie bei der folgenden Leibesvisitation entdeckt 286).

Wird zur Überführung eines ungetreuen Postbeamten ein "Fangbrief" in den Postverkehr gebracht, dann wollen die in diese Aktion eingeweihten Postbeamten gerade, daß der Verdächtige den Inhalt des Briefes an sich nimmt.

Entgegen der herrschenden Meinung [287] kommt hier lediglich der Unterschlagungstatbestand, § 246, in Betracht.

(3) Der Fabrikant F beobachtet den Arbeiter A, wie dieser kurz vor Beendigung der Arbeitszeit seine Aktentasche mit den beim Stanzen entstandenen Metallresten (Kupferblechstücken) vollpackt. F läßt das geschehen, weil er den Pförtner anrufen will, der A beim Verlassen der Fabrik stellen soll.

---

286) vgl. OLG Köln, NJW 1961, S. 2360;

287) vgl. OLG Hamm, JMBl NRW 1957, S. 176;

Weil F den A stehlen lassen wollte, war er damit einverstanden, daß dieser die Sachen in seine Aktentasche packte. Damit hatte er A willentlich "Rumpfgewahrsam" aufgrund sozialer Anschauungen eingeräumt. Von diesem Zeitpunkt an schied mithin ein Gewahrsamsbruch und damit ein Diebstahl aus [288]. Die Vorstellung und der Wille des F, die Sachherrschaft über die von A verpackten Metallreste weiter zu behalten, verschlägt nichts.

Billigt hingegen der Gewahrsamsinhaber nicht den -auch nicht den nur vorübergehenden - Verlust seines "Rumpfgewahrsams" und damit seines Gewahrsams, so hängt die Deliktsqualität davon ab, ob der Täter trotz der Beobachtung den "Rumpfgewahrsam" des bisherigen Gewahrsamsinhabers beseitigt und neuen Gewahrsam ("Rumpfgewahrsam" + Herrschaftswille) begründet hat (vollendeter Diebstahl) oder der bisherige Gewahrsam fortbesteht (versuchter Diebstahl).

Nicht schwierig ist dabei die Beurteilung derjenigen Fallkonstellationen, in denen der Täter die Sache aus dem Bereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers wegschafft, ohne daß ihn der diesen Vorgang mißbilligende Vermögensträger zu hindern vermag. Der beobachtete Täter bricht spätestens mit dem Wegschaffen der Sache aus der Herrschaftssphäre des bisherigen Gewahrsamsinhabers dessen Gewahrsam. Ein vollendeter Diebstahl ist infolgedessen beispielsweise in dem folgenden Sachverhalt zu akzeptieren:

Der Inhaber eines Selbstbedienungsladens hat eine Kundin beobachtet, wie diese ein Stück Butter in ihrer Handtasche verbarg. Er will sie bei der Kasse, die die Kundin vor Verlassen des Ladens passieren muß, abfangen. Das mißlingt. Er eilt daraufhin zum Ausgang und sieht die Kundin -an ihrem roten Mantel leicht erkennbar- an der 50 m entfernten Bushaltestelle stehen. Dort nimmt er ihr die Butter wieder ab.

---

288) Die herrschende Meinung würde eine "Wegnahme" für gegeben ansehen.

Wegen der diffizilen Gewahrsamsverhältnisse besonders problematisch sind für die herrschende Meinung nicht Sachlagen wie die vorstehende sondern solche, in denen der beobachtete Täter zwar nach dem Ergreifen der Sache aber noch vor dem Wegschaffen derselben aus der Herrschaftssphäre des Vermögensträgers gestellt wird. In Fallkonstellationen jener Art könnte der Täter schon mit dem Ansichnehmen der Sache, also schon vor dem Eingreifen des Beobachtenden, einen Diebstahl begangen haben. Die Beantwortung der Frage, ob ein vollendetes oder aber nur versuchtes Delikt vorliegt, ist für die Praxis nicht nur entscheidend, falls sich der Täter anschließend die Ware widerstandslos entziehen läßt, sondern auch dann, wenn der Täter Gewalt anwendet, um mit der erbeuteten Sache zu entfliehen. Hatte nämlich vorher lediglich ein versuchter Diebstahl (oder aber der Versuch einer Privilegierung - § 248 a oder 370 Ziff. 5) vorgelegen, wird die Tat durch die Gewaltanwendung oder die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben -als Mittel der "Wegnahme"- zum Raub, § 249, oder doch, wenn der Täter später erfolglos bleibt, wenigstens zum Versuch des Raubes, §§ 43, 249. War § 242 hingegen erfüllt, sichert die Gewaltanwendung bzw. Drohung die aus dem beobachteten vollendeten Diebstahl erlangte Beute, so daß eine Strafbarkeit wegen räuberischen Diebstahls, § 252, gegeben wäre.

Nach dem von uns konzipierten "Rumpfgewahrsamsbegriff" ist essentiell, ob die Sache von dem Täter lediglich in die Hand genommen oder bereits eingesteckt worden ist, denn solange der Täter die Kassensperre nicht passiert hat und es ihm auch nicht gelungen ist, die Ware im Ladenraum in seine Kleidung oder mitgeführte Behältnisse zu stecken, billigt die Sozietät ihm keinen Gewahrsam zu. Der Diebstahl bleibt im Versuchsstadium stecken. Auf die faktischen Möglichkeiten darf wegen der anzuerkennenden "Raumsphäre" des Geschäftsherrn nicht zurückgegriffen werden.

Das Durchqueren der Kassensperre könnte zusätzlich noch unter dem Aspekt des Betrugs Bedeutung erlangen.
Die herrschende Meinung [289] plädiert für eine Strafbarkeit ausschließlich wegen Diebstahls [29o]. Die Ablehnung eines Betrugs wird unterschiedlich begründet: Cordier [291] verneint eine Irrtumserregung, das Kammergericht [292] bereits die Täuschungshandlung. Andere wiederum argumentieren, es fehle an einer Vermögensverfügung [293]. Wohl die überwiegende Meinung hält einen Betrug zwar tatbestandsmäßig für gegeben, jedoch als mitbestrafte Nachtat für straflos [294].
Eine Bestrafung wegen Betrugs verfechten demgegenüber z. B. das Oberlandesgericht Düsseldorf [295], das sich für eine Idealkonkurrenz, § 73, zum Diebstahl entscheidet und Hruschka [296], der für eine Realkonkurrenz, § 74, eintritt.
Uns interessiert, ob der Kassierer eine Gewahrsamsverfügung getroffen hat [297].

---

289) vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 41;

29o) Der Einwand, dem Täter werde durch diese einen Diebstahl bereits in so frühem Stadium bejahende Lösung der Weg des § 46 Nr. 1 beschnitten (so H. Mayer, JZ 1963/S. 622 - 623; auch BGH JR 1963/S. 446 f. (447) verschlägt nichts. Einerseits können allein kriminalpolitische Erwägungen nicht den Ausschlag für eine bestimmte Interpretation eines Straftatbestandes geben, andererseits sind solche "menschenfreundlichen Absichten" (H. Mayer, aaO., S. 623) wohl auch fehl am Platze. Im übrigen bleibt dem Täter auch nach der "Rumpfgewahrsams"konzeption noch eine genügend lange Rücktrittsfrist - solange der Täter die Sache lediglich in seiner Hand hält.

291) NJW 1961/S. 134o;

292) JR 1961/S. 271;

293) vgl. Welzel, GA 196o/S. 258 FN 1 und GA 1961/S. 352;

294) vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 41;

295) GA 1961/S. 348 f. (35o);

296) NJW 196o/S. 119o;

297) wir lassen also dahingestellt, ob die übrigen Betrugsvoraussetzungen, insbesondere eine Täuschung und ein Irrtum gegeben sind;

Im Gegensatz zu der herrschenden Auffassung, die unbewußte Verfügungen jeder Form akzeptiert, werden wir das Vorliegen einer Gewahrsamsverfügung von unserer Konzeption her verneinen müssen, da der Kassierer die entwendete Ware nicht als "eigene" erkennt, er sich somit nicht "gewahrsamsbezogen" verhält, als er den Täter die Kassensperre durchqueren läßt [298].

Halten wir fest:
Die Tatsache der Beobachtung durch den Vermögensträger kann in zweifacher Weise für die Strafbarkeit des Täters bedeutsam werden. Eine Beobachtung des Täters im Augenblick der Transaktion hindert die Annahme eines Diebstahls, falls es deswegen zu keinem "Rumpfgewahrsams"wechsel kommt, weil der Vermögensträger rechtzeitig eingreifen kann (versuchter Diebstahl) oder der Gewahrsamsinhaber gerade in diesem Augenblick, also noch rechtzeitig, dem Gewahrsamswechsel zustimmt (untauglicher Diebstahlsversuch u U. im Konkurrenzverhältnis mit einer Unterschlagung, § 246).

4. Die vorgetäuschte Beschlagnahme - das Erfordernis einer weiteren Konkretisierung des Willenselements

Spiegelt der Täter vor, beschlagnahmebefugt zu sein, und erreicht er auf diese Weise die Herausgabe der Sache, bzw. läßt das Opfer zu, daß ihm die Sache genommen wird, ist das durch den Irrtum ausgelöste Verhalten des Getäuschten nicht nur unmittelbar für Gewahrsamslockerungen sondern für einen Gewahrsamsverlust und damit einen Vermögensschaden kausal geworden [299].

298) Eine Verfügung im Sinne des Forderungsbetrugs liegt -wie wir später sehen werden- vor, da der Kassierer es unterläßt wegen der entwendeten Waren einen Anspruch gegen den Täter geltend zu machen;

299) Die gegenteilige von Schraft, S. 150, und Dreher-Maaßen, § 263, Anm. 5 a, verfochtene Ansicht überzeugt nicht.

Anscheinend sind also sämtliche Merkmale der Betrugsvorschrift erfüllt [230] [231].

a. Meinungsstreit

Die herrschende Auffassung [232] tritt dennoch für eine Bestrafung wegen Diebstahls ein, weil die für einen Betrug erforderliche Vermögensverfügung nicht vorliege. Ansatzpunkt ihrer Argumentation ist der Begriff der "Freiwilligkeit". Dem Getäuschten soll in den Beschlagnahmefällen keine -wenn auch täuschungsbedingte- freie Willensbildung möglich sein. Es finden sich vielfältige Begründungen:

Der Getäuschte unterwerfe sich einem vom falschen Beamten begründeten besonderen "Gewalt- 233) bzw. Herrschaftsverhältnis" 234) und beuge sich "vermeintlich drohendem staatlichem Zwange" 235). Das Opfer dulde die "Wegnahme", weil es einen Widerstand - der im übrigen auch "unzumutbar" 236)sei - für "unzulässig und zwecklos" 237) halte. Deshalb sei es in Wirklichkeit auch nicht mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden, der Betroffene gestatte nicht wirklich 238):

---

230) Dem Tatbestand des § 263 ist insbesondere nicht zu entnehmen, daß einzelne Täuschungshandlungen, wie etwa die Vorspiegelung, beschlagnahmebefugt zu sein, betrugsuntauglich sind. Weder Wortlaut noch Sinngehalt zwingen an und für sich zu irgendwelchen entsprechenden Einschränkungen, deshalb hat zu Recht noch niemand eine Betrugsstrafbarkeit an dem Merkmal der Täuschungshandlung scheitern lassen.

231) auf die problematische Frage der Irrtumsrelevanz wird im folgenden noch einzugehen sein;

232) z. B. Schönke-Schröder, § 242, Rdn. 29 und § 263, Rdn. 43; Jagusch, aaO., § 263, Anm. 11 a; Gribbohm in JuS 1964, S. 235; Meister in MDR 1947, S. 251; Schröder in SJZ 1950, Spalte 97, Maurach, BT, § 26 III B 1; Otto aaO., S.74 - 75; z. B. BGHSt 5, S. 155 f, (156); 18, S. 221 f (223); BGH in NJW 1952, S. 796; 1953, S. 73 f (74); S. 752; 1955, S. 877, BGHZ 5/S. 365 f (368); RGHRR 1934 Nr. 1259; LZ 1920, Spalte 717; 1922, Spalte 265;

233) Maurach BT, § 26 III B 1;

234) Otto, aaO., S. 74 - 75;

235) z. B. BGH in GA 1965, S. 107;

236) Otto, aaO, S. 75, FN 42;

237) Jagusch, aaO., § 263, Anm. 4;

238) Meister, MDR 1947, S. 251 f. (251); und z.B., OLG Braunschweig in NdsRpfl. 1949, S. 146;

Es handele sich um ein "bloßes Geschehenlassen, das dem Zwange weicht" 239) 240).
In der Rechtsprechung 241)wird ferner für essentiell gehalten, ob der Täter das "Schuldbewußtsein oder die jugendliche Unerfahrenheit" des Gewahrsamsinhabers ausnutzt.

Otto [242] gelangt zu dem gleichen Ergebnis wie die herrschende Ansicht, meint jedoch, den Tatbestand des Betrugs verneinen zu müssen, weil der Getäuschte sich des Gewahrsamsüberganges nicht "bewußt" werde.

In seinem Urteil vom 17.11.1959 hat der 5. Senat die bis dahin vom Reichsgericht und Bundesgerichtshof verfochtene Rechtsmeinung aufgegeben, eine differenzierende Auffassung vertreten und sich im konkreten Fall für einen Betrug entschieden [243].
Es galt folgenden Sachverhalt zu würdigen: [244]

Der Angeklagte hatte seiner Vermieterin erklärt, wenn sie seinen Koffer nicht herausgebe, werde dieser beschlagnahmt und sie komme nicht zu ihrem Geld; wenn sie ihn ihm nicht aushändige, werde er ihn versteigern lassen und ihr seine Schuld aus dem Erlös bezahlen.

Durch welche Motive die Vermieterin sich letztlich hat leiten lassen, sprechen die Urteilsgründe nicht aus. Es heißt lediglich: "Denn entsprechend dem Verhalten und dem Willen des Angeklagten hat sich die geschädigte Vermieterin V bei ihrer Vermögensverfügung nicht durch die Erwägung beeinflussen lassen, ihr bleibe wegen der drohenden Beschlagnahme nichts anderes übrig, als den Koffer freiwillig herauszugeben" 245).

Auch in der neuesten zu diesem Problemkreis veröffentlichten Entscheidung [246] wird die vom 5. Strafsenat eingeschlagene

---

239) Welzel, Lb [11], S. 350;

240) Wedekind, S. 56, FN 1, hält für entscheidend, daß der Täter "gewissermaßen unter den Augen des Gewahrsamsinhabers in dessen Machtsphäre" eindringt.

241) vgl. BGH in GA 1965/S. 107;

242) aaO., S. 74 - 75;

243) GA 1960/S. 277 f.;

244) aaO., S. 277;

245) aaO., S. 278;

246) GA 1965, S. 107;

Linie beibehalten und für die Beurteilung, ob Diebstahl oder Betrug anzunehmen ist, auf die konkrete Sachlage abgestellt.

Dem in GA 1965 S. 107 abgedruckten Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte gibt sich seinem Opfer, dem Straßenpassanten S, gegenüber als Kriminalbeamter aus, dem er ein Abzeichen unter seinem Mantelaufschlag vorweist. Er fordert den S auf, ihm zur Aufklärung eines angeblich gegen den S bestehenden Diebstahlsverdachts zu folgen. Unterwegs verlangt er von ihm -mit Erfolg- die Geldbörse.

Der Betrug des Angeklagten wird vom Bundesgerichtshof u. a. damit begründet, daß der Sachverhalt dem Tatbestand des Betrugs näher stehe als dem des Diebstahls [247].

Diese Argumentation ist, da atypische Tatbestandsverwirklichungen bei allen Strafvorschriften vorkommen können, wie z. B. auch der sog. listige Diebstahl demonstriert, bereits prima vista nicht zwingend.

Eine Mindermeinung [248] tritt, ohne Ausnahmen zu konzedieren, für eine Betrugsstrafbarkeit ein.

Haack [249] argumentiert, es liege kein Fall vor, "wo jemand es ruhig mit ansehen muß, daß ihm Sachen fortgeschafft werden, er es aber aus irgendeinem Grunde nicht verhindern kann, z.B. weil ihm die Hände gebunden sind". In den Beschlagnahmefällen gebe der Getäuschte den "Gewahrsam, durch die Täuschung hierzu bestimmt, freiwillig auf".

---

247) Weiterhin werden bereits erwähnte Argumente angeführt: Das Opfer einer vorgetäuschten Beschlagnahme beuge sich in der Regel "vermeintlich drohendem staatlichen Zwange", wenn der Täter das "Schuldbewußtsein oder die jugendliche Unerfahrenheit" eines anderen ausnutze. Im abzuurteilenden Fall hingegen sei der Getäuschte aus freiem Entschluß tätig geworden: Das Opfer sei "schuldlos" gewesen und habe von der "grundlosen Verdächtigung"nichts zu befürchten gehabt. "Nicht eben intelligent" habe es sich in seiner Verblüffung durch den Trick des Angeklagten über dessen Amt täuschen und sich zur Herausgabe der Geldbörse bewegen lassen.

248) vgl. OLG Nürnberg, NJW 1949/S. 877; Busch, S. 57; Hellriegel, S. 95 f., insbesondere S. 98 - 99; Haack, S. 23;

249) S. 23

Ähnlich nichtssagend in bezug auf den Begriff der "Freiwilligkeit" sind die Ausführungen des Oberlandesgerichts Nürnberg in seinem Beschluß vom 8. Juli 1948 [250], wo von der bis dahin verfolgten Linie der Rechtsprechung abgewichen wird, als über folgenden Sachverhalt zu entscheiden war:

Der Angeklagte forderte von einer Frau H.die Herausgabe von Pelzen, die Frau H. für eine andere Person zu verwahren hatte, und erwirkte schließlich die Aushändigung unter der falschen Angabe, von der Militärregierung mit der Abholung beauftragt worden zu sein.

Der Senat meint, daß ein Betrug anzunehmen sei, weil ein Diebstahl ausscheide, denn Frau H. sei mit der Wegnahme einverstanden gewesen, obgleich dieses Einverständnis mittels Täuschung herbeigeführt worden sei: Es könne "schlechterdings nicht darauf abgestellt werden, ob der Getäuschte äußerlich in rein passiver Duldung verharrt, oder ob er (z. B. durch Auslieferung eines Hilfsmittels zum Wegschaffen) sich handelnd beteiligt ... Wenn er sich daher lediglich infolge der Täuschung entschließt, ein Verhalten zu beobachten, das, wie ihm bewußt ist, zu seiner oder eines anderen Schädigung führt, so wird man diese Unterlassung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einer Handlung gleichzuachten haben". Frau H. verfüge im übrigen bereits über das fremde Vermögen, indem sie dem Täter Eintritt in ihre Wohnung gewähre und ihn über den Verwahrungsplatz der Pelze unterrichte.

Worin in concreto das Einverständnis zu erblicken ist, wird nicht mitgeteilt. Zu Recht kritisiert Maurach [251] deshalb die Entscheidung als am "Kern der Sache" vorbeigehend. Die von dem Senat gegebene Hilfsbegründung, eine Gewahrsamslockerung stelle schon einen relevanten Vermögensschaden dar, ist -wie wir nachgewiesen haben- nicht zwingend.

Hellriegel [252] begründet seine Ansicht, der Täter erfülle ausschließlich den Betrugstatbestand mit den folgenden Ausführungen: "Die Freiwilligkeit ist ein sehr relativer Begriff, denn ein Verhalten kann durchaus in einer Richtung unfreiwillig, in einer anderen Richtung freiwillig sein, bei der Beschlagnahme, einem öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt, gibt es natürlich keine

---

250) NJW 1949/S. 877;

251) BT, § 26 III B 1;

252) S. 98 - 99;

Freiheit etwa im Sinne der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit. Dennoch besteht hier ein gewisses Maß an Freiheit, denn derjenige, gegen den sich die Beschlagnahme richtet, kann (objektiv!) resignieren, sich in das seiner Meinung nach Unvermeidliche fügen, d. h. die Beschlagnahme anerkennen und sich damit zufriedengeben, oder aber sein Eigentum auch gegen die gültige Beschlagnahme mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln verteidigen.

b. Diskussion der Argumente pro und contra

(1) Die Argumentation der herrschenden Meinung, das Opfer habe - weil sich staatlichem Zwange beugend - den Gewahrsamswechsel nicht gewollt und Ottos Begründung, der Getäuschte sei sich des Gewahrsamsüberganges nicht "bewußt" gewesen, werden den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. Das Opfer wird auch in den Beschlagnahmefällen kaum leugnen wollen, daß es den Gewahrsamsverlust registriert hat und mit dem Gewahrsamswechsel - wenn auch durch besondere Einwirkungen auf seine Vorstellungsbildung bedingt - einverstanden gewesen ist [253].

(2) Tatsächlich soll nach der Motivation des Getäuschten ein "besonderes Gewalt- oder Herrschaftsverhältnis" begründet werden, jedoch nur in bezug auf die zu "beschlagnahmende" Sache, nicht aber hinsichtlich des Getäuschten. Damit ein "besonderes Gewalt- bzw. Herrschaftsverhältnis" den inneren Willen des Opfers beeinflußt, hätte dementgegen ein den Getäuschten beschränkendes Verhältnis konstituiert werden müssen, in der Art, wie es zum Beispiel beim Strafgefangenen, Schulkind und Beamten in mehr oder weniger starkem Umfang der Fall ist.

(3) Ob das Opfer im konkreten Fall einen Widerstand tatsächlich für "unzulässig" oder "zwecklos" hält, ist häufig zu bezweifeln. Das zeigt sich insbesondere stets dann, wenn jemand, der die "Beschlagnahme" für unrechtmäßig erachtet, sich zur Wehr setzt, weil er sich davon Erfolg verspricht. Eine derartige Motivation kann daher zumindest nicht jedem Beschlagnahmeopfer unterstellt werden.

---

253) vgl. dazu auch Nöldeke, S. 121;

(4) Ist dem Getäuschten im übrigen wirklich -wie Otto [254] meint -ein Widerstand "unzumutbar"? Die Zumutbarkeit ist im Strafrecht als Korrektiv für Verpflichtungen vorgesehen und tritt beispielsweise bei Unterlassungsdelikten auf: Die im Rahmen der Unterlassungsdelikte bestehende Verpflichtung, zum Schutze gefährdeter Rechtsgüter tätig zu werden, findet ihre Grenze außer in der Erforderlichkeit auch in der Zumutbarkeit [255]. Übertragen auf die zu beurteilende Fallkonstellation würde das bedeuten, daß das Opfer zum Widerstand verpflichtet gewesen sein müßte. Es verhält sich in den Beschlagnahmefällen jedoch regelmäßig genau entgegengesetzt: Der Getäuschte wähnt sich nicht zum Widerstand sondern zur Aushändigung verpflichtet. Auch dieses Argument greift daher nicht durch.

(5) Nicht nur in den Beispielen vorgetäuschter Beschlagnahme beugt sich das Opfer -möglicherweise- "vermeintlich drohendem staatlichem Zwange". Nahezu gleichgelagert ist die Situation auch in einigen von der herrschenden Ansicht als Betrügereien anerkannten Sachverhalten, wenn der Täter dem Opfer gesetzliche Verpflichtungen vorspiegelt. Falls sich der "nichteheliche Vater" zum Beispiel seiner Unterhaltspflicht dadurch entzieht, daß er gemeinsam mit der Kindesmutter den zahlungskräftigeren A von dessen "Vaterschaft" überzeugt, gibt dieser, sofern er infolgedessen"seinen" Unterhaltsbeitrag entrichtet, "gesetzlichem Druck" nach. Entsprechend ist die Lage des wahren Eigentümers, dem der Täter vortäuscht, er -der Täter- sei kraft Erbfalls der Berechtigte, zu beurteilen: Die Täuschung über die bestehende gesetzliche Verpflichtung beinhaltet schlüssig die "Drohung", daß für den Fall der Weigerung gerichtliche Schritte [256] eingeleitet und Zwangsmaßnahmen ergriffen werden. Gerade die Befürchtung, widrigenfalls durch

254) aaO., S. 75, FN 42;

255) vgl. Schönke-Schröder, § 1, Vorb. 94;

256) Wenn auch der Gedanke an eine gerichtliche Klärung in den Beschlagnahmefällen kaum einmal zwischengeschaltet sein wird, so glaubt sich das Opfer doch auch hier verpflichtet und fürchtet staatliche Sanktionen.

staatlichen Zwang angehalten zu werden, seine Verpflichtungen zu erfüllen, beeinflußt regelmäßig die Vorstellungsbildung des Getäuschten und gibt den Ausschlag für seine sein Vermögen schädigende Handlung oder Unterlassung - kaum einmal etwa moralische oder sittliche Motive. Die herrschende Auffassung ist danach also inkonsequent.

(6) Das "Schuldbewußtsein" und die "jugendliche Unerfahrenheit" des Getäuschten [257] mögen als Indizien pro bzw. contra eine Vermögensverfügung im Sinne des Betrugs in Betracht kommen, auch die Intelligenz kann insoweit eine gewisse Rolle spielen. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß der psychische Druck bei einem Schuldigen genauso stark wie bei einem Schuldlosen sein [258], ein erfahrener Mensch sich ebenso wie ein unerfahrener täuschen lassen kann, und die Intelligenz sich überhaupt nicht zur Konkretisierung des voluntativen Elements eignet.

(7) Das Abstellen auf ein wirkliches Gestatten, wie es von Meister [259] und z. B. vom OLG Braunschweig [260] praktiziert wird, verrät zivilistische Gedankengänge [261]. Im zivilrechtlichen Sinne mag die "beschlagnahmte" Sache durchaus abhandengekommen und deshalb zivilrechtlich keine wirksame Gestattung anzuerkennen sein. Ob hingegen strafrechtlich, d. h. bei Zugrundelegung einer an faktischen Gegebenheiten orientierten Betrachtungsweise ein "freiwilliges" Verhalten vorliegt, entscheidet sich [262] ausschließlich nach dem Grad des auf die Willensbildung des Betroffenen ausgeübten Druckes. Wie intensiv dieser Druck

---

257) Maurach - BT, § 26,III, B 1,- lehnt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der die genannten Kriterien zur Klärung der Rechtslage herangezogen werden, mit der lapidaren Begründung ab, daß hier "doch wohl" ein typischer Fall eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft vorliege.

258) auf die Bedeutung der Kriterien für die Irrtumsrelevanz wird noch einzugehen sein;

259) MDR 1947/S. 251;

260) NdsRpfl 1949/S. 146;

261) vgl. dazu auch Hellriegel, S. 96;

262) wie auch Meister, aaO., zutreffend erkennt:

bemessen sein darf, damit noch von einer betrugsrelevanten Verfügung die Rede sein kann, wird im folgenden noch Anlaß zu eingehenden Erörterungen bieten.

(8) Ob das Maß an Freiheit, das Hellriegel stets dem Getäuschten unterstellt, für eine Vermögensverfügung ausreicht, ist zweifelhaft. Man wird nämlich, da es auf die Willensbildung des einzelnen jeweils Getäuschten ankommt, nicht mit Hellriegel auf objektiv dem Getäuschten sich bietende Möglichkeiten Gewicht legen können, denn der objektiv im konkreten Fall ausgeübte Druck kann sich auf jedes Opfer subjektiv unterschiedlich intensiv auswirken und die sich anschließende Willensbildung des Betroffenen wird demzufolge verschieden "frei" sein können. Sieht nun aber der Getäuschte aufgrund der durch die Vorspiegelung, beschlagnahmebefugt zu sein, vermittelten Drucksituation keinen anderen Ausweg als die Aushändigung der Sache an den falschen Amtsträger, wäre es doch wohl widersinnig mit Hellriegel noch von einer "gewissen" für eine Verfügung ausreichende "Freiheit" zu sprechen.
Wir können also konstatieren, daß die bisher zur Diskussion gestellten Argumente nicht zu überzeugen vermögen.

c. Lösungsweg und Lösungsvorschlag

Die Beschlagnahmefälle lassen sich generell in drei Kategorien einteilen:

(I) Die 1. Kategorie umfaßt diejenigen Sachverhalte, in denen das Opfer sich nicht wegen der Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis sondern aufgrund der Vorspiegelung, durch die Herausgabe werde eine günstigere Beweislage o. ä. geschaffen, der Sache entäußert.

(II) In die 2. Kategorie gehören die Regelfälle, nämlich diejenigen Fallgruppen, in denen der Täter die Aushändigung allein durch die Vortäuschung, beschlagnahmebefugt zu sein, erreicht.

(III) Die 3. Kategorie erfaßt jene Sachverhalte, die neben einer Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis eine besondere Nötigung des Täters enthalten.

Die 1. Kategorie wirft keine Probleme auf [263], denn das Opfer gibt hier keinerlei Druck nach, sondern es läßt sich durch andere nicht den Willen beugende Motive leiten. Der Täter erfüllt deshalb stets ausschließlich den Betrugstatbestand.

In den Sachverhaltskonstellationen der 2. Kategorie glaubt das Opfer an eine ordnungsmäßige Beschlagnahme und gehorcht nicht darüberhinaus einer über den Effekt einer Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis hinausgehenden besonderen Furcht oder Angst.
Der Tatbestand des Betrugs könnte jedoch für diese Sachverhalte ausgeschlossen sein, wenn die Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis gleichzeitig ein Nötigungsmittel [264] darstellt.

Nach der umstrittenen Differenzierung des Reichsgerichts [265] muß ein Betrug stets zwangsläufig dann ausscheiden, wenn die Täuschungshandlung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der "Drohung" oder "Gewalt" steht [266]. Ob dem Reichsgericht zu folgen ist, braucht nicht entschieden zu werden, falls der Täter in den Fällen der Kategorie 2 nicht konkludent "nötigt", denn dann bleibt die Täuschung erhalten und ein Betrug möglich.

Der Täter wendet sicherlicht keine"Gewalt", d. h. nach der herkömmlichen Definition, keine physische Kraft zur Überwindung eines Widerstandes [267] an. Auch eine gleichzeitig mit

263) vgl. zu diesem Komplex auch Otto, aaO., S. 75;

264) im Sinne der §§ 249 f. oder 253 f.;

265) vgl. z. B. RGSt 20/S. 326 f. (329-330) teilweise anders wohl BGHSt 11/S. 66 f.; beachte im übrigen die Nachweise bei Otto, aaO., S. 95, Jagusch, aaO., § 253, Anm. 9 c; Schönke-Schröder, § 253, Rdn. 37;

266) Liegt gleichzeitig eine Nötigung vor, geht die Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis in dem Nötigungsmittel auf, so daß allein der Erpressungstatbestand oder eventuell die Merkmale des Raubes erfüllt sind.

267) Schönke-Schröder, § 234, Vorb. 6; auf die Wandlungen, denen der Gewaltbegriff in den letzten Jahrzehnten unterworfen wurde, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden. Bezüglich der Tendenz vgl. BGH in NJW 1963/S. 1210 f. (1211);

der Täuschung abgegebene "Drohung" liegt nicht vor, da der falsche Amtsträger das durch die Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis in Aussicht erscheinende empfindliche Übel [268] nicht genügend konkretisiert [269].

Der Täter ist somit in den Sachverhalten, die unter die 2. Kategorie zu subsumieren sind, weder als Erpresser, noch als Räuber zu belangen. § 263 könnte also erfüllt worden sein. In Betracht kommt jedoch auch die Diebstahlsvorschrift.

Ob der Diebstahls- oder aber der Betrugstatbestand erfüllt ist, hängt [270] von dem Grad des auf die Freiheit der Selbstbestimmung des Getäuschten ausgeübten Druckes ab. Als Gradmesser bietet sich -das ist, soweit ersichtlich, noch von niemandem erkannt worden- der Erpressungstatbestand an, sofern auch die §§ 253 f. eine Vermögensverfügung erfordern, mithin der Satz "coactus voluit sed voluit" Geltung beanspruchen kann.

Die nunmehr herrschende Lehre [271] fordert für eine Erpressung entgegen der ständigen Rechtsprechung [272] und einer im Schrifttum vertretenen Mindermeinung [273], die die Grenze zwischen

---

268) vgl. Schönke-Schröder, § 234, Vorb. 20;

269) Der "Kern" der Drohung muß ausreichend erkennbar sein (vgl. Jagusch, aaO., § 52, Anm. 3b), mag auch auf eine präzise Bezeichnung verzichtet werden können. Der falsche Beamte gibt den Sinngehalt seiner Drohung nur ungenau an. Insbesondere wird nicht klargestellt, durch wen -den Täter persönlich oder z. B. Polizeibeamte- die konkludent in Aussicht genommenen Zwangsmaßnahmen realisiert werden sollen. Dem Opfer bleibt auch verborgen, welcher Art diese Maßnahmen sein werden. Unter diesen Umständen kann nicht mehr gesagt werden, daß der Täter den Sinngehalt seiner Drohung mit "allgemeinen Wendungen" genügend gekennzeichnet hat (vgl. Jagusch, aaO., § 52, Anm. 3 b). Eine relevante Drohung ist daher nicht anzuerkennen.

270) davon gehen wohl auch stillschweigend die differenten Ansichten aus; ausdrücklich bezieht sich darauf jedoch allein Meister, MDR 1951/S. 251;

271) Nachweise bei Schönke-Schröder, § 253, Rdn. 8, vgl. auch Maurach, BT, § 37 A 2d, S. 294;

272) z. B. RGSt 55/S. 239 f.; BGHSt 7/S. 252 f.; 14/S. 386 f.;

273) z. B. Frank, § 253, Anm. VII 3; weitere Nachweise bei Schönke-Schröder, § 253, Rdn 8 a;

Erpressung und Raub, § 249 f., nach dem äußeren Erscheinungsbild ziehen wollen, eine Vermögensverfügung. Zu Recht wird von der herrschenden Lehre gegen die Rechtsprechung eingewandt, ein Spezialitätsverhältnis von Raub und Erpressung - die Konsequenz einer auf das "äußere Erscheinungsbild" abstellenden Betrachtungsweise - kollidiere mit dem Deliktscharakter der Strafvorschriften. Zwar wird der Raub von dem Gesetzgeber zusammen mit der Erpressung im 20. Abschnitt unter einem gemeinsamen Titel behandelt, diese Zusammenfassung rechtfertigt sich aber nur nach der äußeren Konstruktion der Grundtatbestände, nicht jedoch nach dem Wesen der genannten Delikte und ihrer Angriffsrichtung: Der Räuber "nimmt" bei wertender Betrachtungsweise dank der von ihm angewandten Mittel "weg", der Erpresser zwingt sein Opfer zu einer "Selbstschädigung". Ein Spezialitätsverhältnis könnte zudem nur akzeptiert werden, wenn die Voraussetzungen eines Tatbestandes die eines anderen notwendig einschließen. Während aber die §§ 253 f. allein Vermögenswerte schützen, kommen für einen Raub, das nach der Rechtsprechung und der Mindermeinung in der Literatur der Erpressung gegenüber speziellere Delikt, auch wertlose in fremdem Gewahrsam und Eigentum befindliche Sachen in Betracht. Die Gegenansicht läßt sich gleichfalls nicht mit der Existenz des § 255, also der Systematik der Vermögensdelikte, vereinbaren: Wenn gemäß dieser Vorschrift ein Täter einem Räuber gleichgestellt wird, so ist daraus [274] zu folgern, daß die Tat eben nicht als ein Raub anzusehen ist [275], daß vielmehr der Gesetzgeber die strukturelle Verschiedenheit von Raub und Erpressung nicht in der Art und in dem Maß der Willensbeeinflussung sondern in dem Effekt der Willensbehinderung, dem erzwungenen Verhalten des Opfers erkannt hat - wofür auch § 316 a, in dem ausdrücklich neben Raub die räuberische Erpressung erwähnt ist, spricht. Bei Zugrundelegung eines Spezialitätsverhältnisses würde § 249 überflüssig, da die Er-

274) entgegen Meister, aaO., S. 252;

275) vgl. dazu auch Schröder, ZStW 60/S. 109;

pressungstatbestände in § 255 bereits eine für alle Fälle voll zutreffende Qualifizierung enthalten. Verlangte man hingegen mit der Mindermeinung keine Vermögensverfügung für eine Erpressung, würde überdies eine tatbestandsmäßige Abgrenzung zwischen Raub, Diebstahl und Erpressung unmöglich und somit gegen das in Artikel 103 Abs. 2 GG verankerte Prinzip "nullum crimen sine lege", das eine eindeutige präzise Vertatbestandlichung des Unrechts gebietet, verstoßen: Das zeigen gerade die grundlegenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in BGHSt 7/S. 252 f. und 14/S. 386 f., in denen sich der Bundesgerichtshof nach dem "äußeren Erscheinungsbild" der Tathandlung orientierte. Die Meinung der Rechtsprechung führt notwendig zu der Konsequenz, daß ein Täter, der in Zueignungsabsicht die Duldung der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache erzwingt, gleichzeitig entweder -sofern Raubmittel angewandt worden sind- die § 249 und 255 oder - bei Vorliegen der Nötigungsmittel der Erpressung - die Tatbestände der einfachen Erpressung und des Diebstahls nebeneinander erfüllt. Durch einen Verzicht auf eine Vermögensverfügung für die Erpressungsnormen würden weiterhin die §§ 253 f. uferlos ausgedehnt und unter die Vorschriften Sachverhalte subsumiert, die ihrem äußeren Bild nach nichts mehr mit dem gemeinsam haben, was nach allgemeiner Lebensanschauung als Erpressung gilt: So wäre D, der den E durch Unbrauchbarmachen seines Fahrzeugs (Gewalt gegen eine Sache) von der Rückkehr nach Hause abhält, um zu ermöglichen, daß F dort in der Zwischenzeit einbricht, nach § 253 zu bestrafen. Für § 253 ist daher wie auch für § 263 eine Vermögensverfügung vorauszusetzen.

Muß aber der Genötigte, damit § 253 erfüllt ist [276], eine Vermögensverfügung vornehmen, ist die Frage, ob in den Beschlagnahmefällen ein Betrug oder aber ein Diebstahl gegeben ist, nach dem Prinzip "a maiori ad minus" zu entscheiden, sofern die Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis wegen der konkludenten Inaussichtstel-

---

276) Wenn der Genötigte verfügt, erklärt er wegen der Exklusivität der Tatbestände der Erpressung und des Diebstahls bzw. Raubes relevant sein "Einverständnis" mit der "Wegnahme".

lung von Zwangsmaßnahmen nicht intensiver als eine "Drohung" im Sinne der §§ 253 f. Einfluß auf die Psyche des betreffenden Opfers nimmt.

Die Nötigungsmittel legen dem Erpressungsopfer eine Entscheidung für das kleinere Übel nahe: Für die Erpressung ist gegenüber dem Raub, also auch gegenüber dem im Raub enthaltenen Diebstahl [277] essentiell, daß dem Betroffenen die Wahl bleibt, entweder die Sache zu verlieren oder aber das in Aussicht gestellte Übel bzw. die "Gewalt" zu erdulden und dafür die Sache in seinem Vermögen zu behalten [278]. Auch dem Beschlagnahmeopfer kann sich nach seinem Erkenntnisvermögen tatsächlich im Einzelfall eine "echte" Alternative bieten, wenn er sich nämlich von der Möglichkeit, die Sache retten zu können, im konkreten Fall Erfolg verspricht. Dabei sind die von der herrschenden Meinung für bedeutungsvoll erachteten objektiven Kriterien -wie die Recht- bzw. Unrechtmäßigkeit des Besitzes an einer Sache, das Schuldbewußtsein, die jugendliche Unerfahrenheit und die Intelligenz des Getäuschten - wertvolle Indizien für das Vorliegen einer nach dem Wesen der Vermögensverfügung "freien" subjektiven Einstellung - jedoch nicht mehr. Auch ein Deliktsbesitzer muß den Verlust der Sachherrschaft an einer Sache nicht für ein unabänderliches Faktum halten und einem erfahrenen, schuldigen oder aber intelligenten Beschlagnahmeopfer ist es jeweils durchaus möglich, nach eigenem - wenn auch eingeschränktem, so doch echtem - Belieben in dem aufgezeigten Rahmen abzuwägen und sich eine insoweit freie Entscheidung zu bilden und entsprechend zu disponieren.

Es ist also für diejenigen Beschlagnahmekonstellationen, in denen dem Betroffenen eine echte Wahlmöglichkeit verbleibt, nach dem Grundsatz "a maiori ad minus" § 263 einschlägig. Eine Strafbarkeit nach anderen Vorschriften bleibt nicht eröffnet. Deshalb kann es sich auch ergeben, daß ein Täter im Einzelfall einmal straflos ausgeht, obgleich er durch die

---

277) es besteht ein Spezialitätsverhältnis;

278) vgl. z. B. Otto, aaO., S. 94;

Vorspiegelung, beschlagnahmebefugt zu sein, die Herausgabe einer Sache erreicht, nämlich dann, wenn er weiß, daß das"Opfer" selbst auf deliktische Art an die "beschlagnahmte" Sache gelangt ist und das "Opfer" damit rechnet, die"beschlagnahmte" Sache nunmehr endgültig aufgeben zu müssen: Ein "unschuldiger" Getäuschter wird die "beschlagnahmte" Sache an den Täter in dem Bewußtsein aushändigen, er werde den Gewahrsam an der Sache nach Klärung des Sachverhalts zu seinen Gunsten wieder erhalten, er werde also im Endeffekt nicht geschädigt. Hier irrt sich das Opfer über das Bestehen einer wirtschaftlich wertvollen Aussicht auf eine erneute Gewahrsamsbegründung und insoweit schlägt sich sein Irrtum auch im Schaden - auf "subjektiver Ebene" - nieder (Irrtumsrelevanz!). Anders verhält es sich demgegenüber in aller Regel [279], sofern ein unredlicher Gewahrsamsinhaber betroffen wird. Dieses"Beschlagnahmeopfer" gibt die "beschlagnahmte" Sache endgültig verloren (fehlende Irrtumsrelevanz!). Ihm gegenüber kann der Täter -weiß er nichts von diesen Tatumständen - deshalb nur den Tatbestand eines versuchten Betrugs erfüllen. Kennt er den Sachverhalt, muß er sogar straffrei ausgehen [280].

Im Ergebnis ist daher dem Bundesgerichtshof, der eine differenzierende Betrachtungsweise verfolgt, zuzustimmen.

Zusammenfassend bleibt für die Beschlagnahmefälle der 2. Kategorie zu sagen, daß die Entscheidung, ob ein Diebstahl oder ein Betrug anzuerkennen ist, von der konkreten Sachverhaltsgestaltung abhängt, ob nämlich das Beschlagnahmeopfer im Einzelfall eine "echte Alternative" zum Verlust der von dem falschen Amtsträger erstrebten Sache sieht und trotzdem dem Täter die Sache überläßt. Der Getäuschte muß also, damit sich der Täter gemäß § 263

279) es sei denn, das Opfer ist sich sicher, daß die Behörden ihn letztlich doch noch für den Berechtigten halten werden;

280) Die Beschwindelung eines Gauners kann also straflos bleiben!

strafbar macht, seinen Gewahrsam an der von dem Täter erstrebten Sache aufgeben, obgleich er weiß, daß er diese -eventuell im Austausch gegen ein anderes Opfer, einerlei welcher Art - in diesem Augenblick retten könnte.

Daraus resultiert gleichzeitig, daß auch für sämtliche anderen Täuschungsfälle, in denen sich das Opfer der Bedeutung des Geschehensablaufes bewußt ist, nur in den angesprochenen Grenzen der Betrugstatbestand erfüllt werden kann. Sofern sich der Getäuschte aufgrund einer Täuschung verpflichtet glaubt, kann somit eine "Wegnahme" und damit ein Diebstahl und muß nicht unter allen Umständen ein Betrug gegeben sein. Maßgeblich ist allein, ob dem Betroffenen im konkreten Fall eine "echte Alternative" eröffnet erscheint - und das muß nicht einmal beim sog. Bettelbetrug der Fall sein [281]; wie das nachfolgende Beispiel beweist:

Eine ein wenig senile sehr gottesfürchtige alte Dame wird von einem Täter unter der Vorspiegelung, nur bei Zahlung von 10.000,- DM werde ihr im Himmel ein Platz freigehalten, dazu veranlaßt, sich selbst zu schädigen und das Geld auszuhändigen, weil sie die Aushändigung als den einzig möglichen Weg ansieht, nach ihrem Tode in den Himmel zu kommen.

Deshalb wird man auch in den Sachlagen, in welchen mittels Täuschung über gesetzlich normierte Leistungsverpflichtungen Dispositionen hervorgerufen werden, die die herrschende Auffassung [282] ausnahmslos unter den Betrugstatbestand subsumiert, zu prüfen haben, ob das Opfer im konkreten Fall in realiter keine Wahlmöglichkeit sieht und deshalb unter Umständen eine Bestrafung des Täters allein wegen Diebstahls in Betracht kommt.

Die Gruppe der vertraglichen Leistungsverpflichtungen, insbesondere die der Dispositionen im Zusammenhang mit gegenseitigen Verträgen sind demgegenüber jedoch keiner differenzierenden

---

281) mögen derartige Fälle in der Praxis auch nicht allzu häufig vorkommen;

282) vgl. z. B. Jagusch, LK, § 263, Anm. 4; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 40 f., es handelt sich um sog. bewußte Verfügungen;

Betrachtungsweise zugänglich, mag auch hier der Getäuschte seine Leistung erbringen, weil er sie zu schulden glaubt -mithin meinen, leisten zu müssen -, denn in diesen Fällen wägt der Getäuschte jedenfalls bei Abschluß des Vertrages ab, ob er die Verbindlichkeit eingehen, d. h. sich mit der Gegenleistung zufriedengeben und seine eigene Leistung erbringen will.

Die 3. Kategorie der Beschlagnahmefälle umfaßt diejenigen Sachverhalte, in denen der Täter nicht nur eine ordnungsgemäße Beschlagnahme vortäuscht, sondern gleichzeitig -von der Täuschung trennbar- Nötigungsmittel anwendet.
Es lassen sich folgende Konstellationen bilden:
Aufgrund der Qualität des Nötigungsmittels sind a priori die Erpressungstatbestände ausgeschlossen und § 249 erfüllt, sofern der Täter "Gewalt" - und zwar in der Form der vis absoluta - anwendet, weil dann eine Willensbildung "absolut" unmöglich wird. So ist es beispielsweise, wenn der Täter den Getäuschten zwecks Erlangung der Sache bewußtlos schlägt.

Droht der Täter, oder aber wendet er "Gewalt" in der Form der vis compulsiva an, gilt es danach zu differenzieren, inwieweit dem Betroffenen eine "echte" Wahlmöglichkeit verbleibt. Der falsche Kriminalbeamte kann z. B. sein Opfer im Weigerungsfalle zu erschießen drohen. Hier kann eine Wahlmöglichkeit eröffnet sein, wenn der Täter etwa der Mitwirkung des Opfers bedarf, weil die Sache von diesem versteckt ist oder sich in einem Tresor befindet und dem Täter das Codewort unbekannt oder aber der Schlüssel für ihn unerreichbar ist. Fesselt, schlägt der Täter sein Opfer oder sperrt er es gar ein, um seinen Widerstand zu brechen, haben wir darauf abzustellen, ob der Täter sein Opfer lediglich "mürbe" machen -unter diesen Umständen kann eine Wahlmöglichkeit bestehen- oder aber die durch die genannten Nötigungsmittel geschaffene Situation ausnutzen und die erstrebte Sache "wegnehmen" will. Letzterenfalls ist die Freiheit der Willenentschließung von dem Täter auf ein für eine Erpressung nicht genügendes Minimum reduziert worden.

Für die 3. Fallgruppe gilt:

Konkurriert die Täuschung über die Beschlagnahmebefugnis mit einem Nötigungsmittel, gebührt in aller Regel dem Nötigungsmittel der Vorrang, da in diesen Fällen die bloße Täuschungshandlung -die Vorspiegelung, beschlagnahmebefugt zu sein - für die Entschließung nicht mitentscheidend wird. Jene ist allein auf den Einfluß der Willensbeugung zurückzuführen.

Ob Raub oder Erpressung, d. h. eine abgenötigte "Fremd"- oder Selbstschädigung" gegeben ist, muß als Tatfrage betrachtet werden. Maßgeblich ist -wie schon im Verhältnis von § 263 zu § 242- der auf die Willensbildung des Opfers ausgeübte Druck, die "Frage der echten Wahlmöglichkeit".

Danach können wir für den Verfügungsbegriff folgendes Fazit aus den 3. Fallgruppen ziehen:

(1) Will der Getäuschte seinen Gewahrsam nicht einbüßen, muß er, damit der Täter sich nach § 263 strafbar macht, die Sache "als eigene" erkennen, also "gewahrsamsbezogen" handeln (unbewußte Gewahrsamsverfügung).

(2) Will das Opfer seinen Gewahrsam auf den Täter übertragen, weil es sich verpflichtet glaubt, ist danach zu differenzieren, ob es sich um eine Verbindlichkeit handelt, die der Getäuschte "freiwillig" eingegangen ist (ob nämlich tatsächlich eine vertragliche Vereinbarung getroffen worden ist) bzw. deren Bestehen der Täter dem Betroffenen vorgespiegelt hat. Letzterenfalls kann sich das Opfer aufgrund Vertrages oder Gesetzes (auch wegen einer vermeintlichen Beschlagnahme!) zur Gewahrsamsübertragung verpflichtet meinen. In derartigen Sachverhaltskonstellationen begeht der Täter nur dann einen Betrug und keinen Diebstahl, sofern dem Getäuschten subjektiv eine "echte Alternative" bleibt -er die Möglichkeit sieht, die Sachherrschaft, wenn er wollte, behalten zu können (bewußte Gewahrsamsverfügung).

§ 3 Der Forderungsbetrug

Wenn Forderungen betroffen werden, kann gleichfalls zwischen "positivem Tun" und "Unterlassen" differenziert werden. Jemand kann z.B. - um ein vielzitiertes Beispiel zu verwenden [283] veranlaßt werden, einen Schuldschein zu unterschreiben, der ihm als Petition präsentiert worden ist ("positives Tun") oder aber davon abgehalten werden, eine Forderung geltend zu machen ("Unterlassung").

Die "Unterlassungen" lassen sich wiederum aufgliedern in solche, bei denen sich das Opfer bewußt ist, daß ihm gegen den Täter ein Anspruch zusteht [284] und solchen, bei denen die Impertinenz des Täters so weit geht, dem Betroffenen auch das Bestehen der Forderung zu verheimlichen. Der erste Fall läßt sich denken, wenn der Betroffene z. B. gehindert wird, von ihm ins Auge gefaßte Maßnahmen zu ergreifen, um die Verjährung eines Anspruch abzuwenden.

Die Meinungen gehen - wie wir bereits gesehen haben (die herrschende Meinung differenziert ja nicht zwischen Forderungs- und Sachbetrug) - auseinander, ob auch eine unbewußte Unterlassung betrugstauglich ist.
Es fragt sich, ob die von uns für eine extensive Auslegung beim Sachbetrug vorgebrachten Argumente auch beim Forderungsbetrug Geltung beanspruchen können oder aber hier die von der Minder-meinung [285] erhobenen Einwände durchgreifen: es gehe zu weit und

---

283) vgl. z. B. Holtzendorff, S. 27; Haack, S. 24; Schraft, S. 152; Jacobowitz, S. 81; für derartige Machenschaften eigenen sich insbesondere des Lesens oder Schreibens unkundige, aber auch der Landessprache nicht mächtige Opfer;

284) Diese subsumiert die herrschende Meinung unter § 263 (vgl.Jagusch aaO, § 263, Anm. 4; Bockelmann,Niederschriften, S. 4o; Maurach, BT, § 38 II 3 a);

285) vgl. z.B. Jacobowitz, S. 81; Metz, S. 74; Trapp, S. 37 f.; E. Schmidt, Niederschriften, S. 39; JZ 1952, S. 542; Lucas, Anleitung, S. 348; Welzel, Lehrb. 11, S. 371; Aus der Rechtsprechung z.B. seien für die herrschende Meinung genannt: RGSt 64, S. 394 f (395); 65, S. 99f (1oo); 7o, S. 225 f (227); 76, S. 17o f (175), aus dem Schrifttum statt vieler (für die herrschende Meinung) Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 41;

sei zudem rechtspolitisch bedenklich, ja sogar grundgesetzwidrig[286], auch unbewußte Unterlassungen als Verfügungen zu akzeptieren. Eine Subsumition würde zu systematischen Schwierigkeiten führen und sei logisch bedenklich.

Lösungsvorschlag:

Beim Sachbetrug mußte sich der Getäuschte der von dem Täter erstrebten Sache als "eigener" bewußt werden. Sind entsprechende kognitive Voraussetzungen an eine Vermögensverfügung beim Forderungsbetrug zu stellen?

Die erarbeitete Auslegung des Verfügungsbegriffs könnte, da sich Erwerb und Verlust der wirtschaftlichen Vermögenswerte bei Forderungen anders als bei Sachen gestalten, auf den Sachbetrug beschränkt sein. Analog der Methode, der wir uns beim Sachbetrug bedient hatten, läßt sich auch für den Forderungsbetrug argumentieren:
Wie eine Person Forderungen erwerben kann, muß sie sie auch im Sinne des Betrugs "willentlich" verlieren können. Es brauchen also an eine Vermögensverfügung des Getäuschten über Forderungen nicht mehr subjektive Voraussetzungen gestellt zu werden, als für den rechtlichen Erwerb von Forderungen geboten sind. Da es Minimaleffekte herauszuarbeiten gilt, sind insbesondere auch jene Forderungen in unsere Überlegungen einzubeziehen, die ohne ein Zutun des späteren Forderungsinhabers - also trotz seines Nichtstuns - entstehen, wie zum Beispiel Ansprüche aus Gefährdungshaftung[287] oder unerlaubter Handlung[288] - Forderungen die auf ein dem

---

286) vgl. Metz, S. 74;
287) z. B. aus § 7 StVG;
288) z. B. aus den §§ 823 f.;

Schuldner zurechenbares Verhalten zurückzuführen sind [289]. Braucht der Getäuschte danach im Minimalfalle nichts getan zu haben und nichts zu wissen, um das Vermögensobjekt zu erhalten, muß er es auch durch bloßes Nichtstun - ohne jegliche Kenntniseinbüßen und somit auch durch bloßes Nichtstun im Sinne des Betrugstatbestandes disponieren können. Aus der Möglichkeit eines unwissentlichen Erwerbs von Forderungen ist somit auf die Zulässigkeit unbewußter Unterlassungen als Vermögensverfügungen im Sinne des Forderungsbetrugs zu schließen.

Daß "bloßes Nichtstun" den Minimaleffekt, den eine Verfügung bedingt, ausmacht, bestätigt die von Otto [29o] aus dem Wesen des Forderungsbetrugs abgeleitete Deduktion, die den gravierenden Unterschied zwischen Sach- und Forderungsbetrug verdeutlicht:

"An einer Forderung ist kein Gewahrsam möglich, macht der Berechtigte die Forderung nicht geltend, so bleibt der wirtschaftliche Wert in den Händen des Schuldners. Es bedarf im Gegensatz zum Sachbetrug beim Forderungsbetrug keines positiven Aktes des Schuldners, damit der Berechtigte das Vermögensgut in seinen Herrschaftsbereich bekommt."

Durch eine Subsumtion unbewußter Unterlassungen unter § 263 werden sonst unvermeidliche Strafbarkeitslücken geschlossen [291].

Der Einwand der Mindermeinung, es begegne "logischen Bedenken, eine Verfügung in einem Nichtstun sehen zu wollen, das nicht einmal auf dem Entschluß beruht, untätig zu sein. Eine Verfügung ... (könne) nur der treffen, der dabei in irgendeiner Weise eine Initiative entfaltet" 292),

---

289) Zwar kommen für einen Betrug nur wirtschaftlich wertvolle Forderungen in Betracht und manche Forderung wird wertlos sein, weil z. B. der Schuldner für dauernd zahlungsunfähig geworden ist, doch ist die Frage, ob eine Forderung wirtschaftlichen Wert besitzt, genauso vom Verhalten des Anspruchsberechtigten unabhängig wie vielfach der Erwerb der Forderung.

29o) ZStW 79/S. 7o - 71;

291) Allein darauf beruft sich zur Begründung ihrer extensiven Ansicht die herrschende Meinung - vgl. Maurach, BT, § 38 II B 3 a, S. 312; Gallas, Festschrift, S. 421;.

292) Entholt, S. 6; Metz, S. 74;

geht in bezug auf Forderungen fehl.Bei einem Sachbetrug wäre es in der Tat widersprüchlich,ein nichtgewolltes Geschehen,nämlich ein nicht vom Willen getragenes Verhalten als Vermögensverfügung zu betrachten,denn beim Sachbetrug wird der innere Vorgang des Irrtums ja nicht ohne Willensbetätigung zu dem äußeren Vorgang des Schadens.Beim Forderungsbetrug braucht der Getäuschte jedoch nicht erst willentlich tätig zu werden,um sich selbst zu schädigen.

Die Argumentation,es sei sytematisch bedenklich,ein Nichtstun als Verfügung anzusprechen[293)],ist für den Forderungsbetrug nicht zwingend.Man hatte dabei wohl auch allgemein die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl,also Fälle des Sachbetrugs im Auge[294)].

Durch die extensive Interpretation wird auch nicht[295)] gegen den Grundsatz "nulla poena sine lege" verstoßen.Es kann nicht gesagt werden,daß durch die von uns vorgenommene Auslegung die Grenzen der Verfügung verwischt werden,denn einerseits ist das "Nichtstun" als Verfügung auf den Komplex des Forderungsbetrugs beschränkt und andererseits ist auch beim "Nichtstun" eine festumrissene Grundlage feststellbar: Das Opfer darf nur innerlich frei - entsprechend den im Zusammenhang mit der vorgetäuschten Beschlagnahme erarbeiteten Kriterien - "nichts tun"!

Die Behauptung,das Verhalten des Täters,dessen Opfer unbewußt unterläßt,sei weniger strafwürdig,ist nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten in Einklang zu bringen.Wenn sich das Verhalten des Getäuschten auf ein bloßes "Nichtstun" beschränkt,handelt der Täter gerade potenziert normwidrig:
Er unterdrückt dem Getäuschten gegenüber die Bedeutung von dessen eigenem Verhalten.Die Täuschung ist raffinierter,die Gefährdung des Opfers größer.

---

293) so Metz,S.74;

294) worauf Metz ausdrücklich in Fußnote 231 unter Bezugnahme auf Schröder hinweist;

295) wie Metz,S.74,anzunehmen scheint;

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß beim Forderungsbetrug verfügen kann, wer "freiwillig" "nichts tut" [296]. "Freiwillig" unterläßt, auf wessen Vorstellungsbildung nicht intensiver als in den Betrugsfällen der 2. Kategorie der Beschlagnahmesachverhalte eingewirkt wird.

Das aufgefundene Ergebnis soll an Hand einiger vom Reichsgericht entschiedener Fälle exemplifiziert werden.
Dem Urteil vom 14.5.1936 [297] lag vereinfacht folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Täter täuscht eine Feuersozietät über das Bestehen ihres Rückforderungsanspruchs, indem er sie darüber in Unkenntnis hält, daß er später noch, ihm bereits von der Feuersozietät vergütete, Sachen aufgefunden hat.

In RGSt 64/S. 394 f. ist der nachstehende Sachverhalt abgedruckt:

Ein Straßenbahnschaffner hatte von den Fahrgästen fortgeworfene, entwertete Fahrscheine wieder später an andere Fahrgäste verkauft.

In beiden Beispielen haben Feuersozietät bzw. Straßenbahnverwaltung ihnen zustehende Ansprüche nicht geltend gemacht. Die Feuersozietät hat versäumt, ihren Rückforderungsanspruch wahrzunehmen. Die Straßenbahnverwaltung hat bei der Abrechnung nicht das gesamte von dem Schaffner eingezogene Fahrgeld eingezogen, sondern lediglich den Betrag verlangt, der den fehlenden Fahrscheinnummern entsprach. Wie die Feuersozietät sich nicht ihres Rückforderungsanspruchs bewußt war, hatte die Straßenbahnverwaltung von ihrem Restanspruch keine Kenntnis. Beide haben aber, obgleich sie keinen Willensentschluß betätigt haben, im Sinne des § 263 verfügt, weil sie beide aufgrund der Täuschungshandlung "freiwillig" "nichts getan" haben.

---

296) im Ergebnis ist also der herrschenden Meinung -vgl. z.B. Gallas, aaO., S. 422 - beizupflichten;

297) RGSt 7o/S. 225 f.;

Hierher gehört auch die in vielfacher Hinsicht problematische Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 64/S. 228 [298], wo der Täter einen Wechsel verfälscht und an einen Gutgläubigen weitergegeben hatte. Unterstellt, daß der Senat im übrigen zutreffend entschieden hat, ist zu Recht unter ausdrücklicher Aufgabe der in RGSt 49/S. 16 geäußerten engen Rechtsauffassung ein Betrug bejaht worden, obgleich es an einem Verfügungsbewußtsein bzw. Willen des Getäuschten fehlte.

298) nämlich hinsichtlich des von dem Senat vertretenen Vermögens- und Verfügungsbegriffs (in anderer Weise (nämlich, ob für eine Verfügung ein "Rechtsgeschäft" erforderlich ist)) sowie der Verfügungsgewalt= "faktische Einwirkungsmöglichkeit";

3. Kapitel:

Betrug und Diebstahl im Dreiecksverhältnis

Das in diesem Kapitel zu erörternde Problem -die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft -, von Dreher [299] als "dogmatisches Glasperlenspiel" charakterisiert, ist bis vor wenigen Jahren in Schrifttum und Rechtsprechung vernachlässigt [300] worden. Man gab sich allgemein mit in aller Regel kriminalpolitisch befriedigenden Ergebnissen zufrieden, ohne die Frage dogmatisch zu klären. In neuerer Zeit wurde das Problem, dessen Ursache in dem zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten zu fordernden Verhältnis zu suchen ist, jedoch um so heißer und intensiver diskutiert [301].

I. Objektive Voraussetzungen für eine Vermögensverfügung im Dreiecksverhältnis

1. Identität zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten?

Eine Identität zwischen Getäuschtem und Verfügendem ist bei dem Betrug als einem Dispositionsdelikt selbstverständlich [302].

Zweifelhafter ist hingegen, ob Verfügender und Geschädigter personengleich sein müssen. Die einhellige Meinung [303] tritt heute zu Recht dafür ein, daß für § 263 keine Identität zu fordern ist.

---

299) JR 1966/S. 29;

300) sieht man einmal von der grundlegenden Arbeit Schröders in ZStW 60/S. 33 f. ab;

301) vgl. z. B. Gribbohm JuS 1964/S. 233 f.; NJW 1967/S. 1897; Dreher, aaO.; GA 1969/S. 56 f.; Otto, ZStW/79/S. 59 f.; Schünemann, GA 1969/S. 46 f; vgl. z.B. auch die Entscheidungen BGHSt 18/S. 221 f.; OLG Stuttgart JR 1966/S. 29; OLG Köln MDR 1966/S. 253;

302) vgl. Maurach, BT § 38 II B 3 b;

303) vgl. Maurach, aaO.; Welzel, Lb. S.314;Olshausen, § 263,Anm.16; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 46; v.Liszt-Schmidt, § 139, I 3; Binding, Lb. 1, S. 345; Gerland, S. 504; RGSt 25/S. 247; 42/S. 171;50/S. 166; 64/S. 228; BGHSt 18/S. 223 u.a.; v.Hippel, § 71 I, 4;

Dieses Ergebnis bestätigt die historische Entwicklung.

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts leugnete Temme [304] bei Auseinanderfallen von Getäuschtem und Geschädigtem eine Bestrafung wegen Betrugs. Ihm folgte der preußische Entwurf zu einem Strafgesetzbuch vom Jahre 1845. Auch Köstlin verfocht die gleiche Ansicht: "Der Irrende selbst muß zugleich der an seinen Vermögensrechten Verletzte sein. Das liegt in dem Begriff des Betrugs und wird daher auch von den meisten neueren Gesetzbüchern anerkannt"[305]. Damit waren zum Beispiel die Gesetze von Braunschweig [306], Baden[307] und Thüringen [308] gemeint. So bestimmte das braunschweigische Strafgesetzbuch, daß sich wegen Betrugs nur derjenige strafbar macht, der "den Irrtum eines anderen rechtswidrig veranlaßt ..., um demselben einen Vermögensschaden zuzufügen" [309].

Bereits die eindeutigen Formulierungen der angesprochenen Gesetze hinderten, auch Angriffe gegen fremde Vermögensobjekte unter den Betrugstatbestand zu subsumieren.

Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 brachte eine Ablösung [310], wie der sehr weit gefaßte Wortlaut des § 241 beweist: "Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder durch Unterdrücken wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt, begeht einen Betrug."

Der Tatbestand gebot lediglich die Beschädigung des Vermögens einer anderen Person vermittels einer Täuschungshandlung. Infolgedessen beharrte die Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals [311]

---

304) S. 89 - 90;

305) Köstlin, S. 153 - 154;

306) von 1840; vgl. § 224;

307) von 1845; vgl. § 450;

308) von 1849; vgl. § 236;

309) Auch der Wortlaut des StGB von Baden redet eine deutliche Sprache - § 450 -: "Wer einen anderen ... durch arglistige Entstellung der Wahrheit ... zu einer das Vermögen desselben beschädigenden Handlung ... verleitet". Das thüringische StGB weicht kaum von dem braunschweigischen ab (vgl.§ 236).

310) vgl. dazu Goltdammer, Mat. II, Nr. 8, S. 548;

311) vgl. GA 1861/S. 710;

zu Recht nicht mehr auf einer Identität zwischen Getäuschtem und Geschädigtem.

Die gleiche Weite des gesetzlichen Tatbestandes ist in unserem heute geltenden Strafgesetz, dessen Grundlage das preußische Strafgesetzbuch bildet,[312] zu beobachten. Eine einschränkende Auslegung war weder zur Zeit des preußischen Strafgesetzbuches noch ist sie heute aus dem Wesen des Betrugs als einem wirtschaftlich verstandenen Selbstschädigungsdelikt herzuleiten. Deshalb ist eine Nichtidentität durchaus möglich [313].

2. Die Stellung des Getäuschten im Dreiecksverhältnis

a) Das Erfordernis einer zivilrechtlichen Befugnis

Anerkanntermaßen kann eine Vermögensverfügung auch fremdes Vermögen angreifen, wenn der Getäuschte Vertreter nach den §§ 164 f. BGB oder aber Ermächtigter gemäß § 185 BGB des Vermögensträgers ist. So verhält es sich im nachfolgenden Sachverhalt:

X hatte die Bekanntschaft der A gemacht und besuchte mit ihr ein Theater. Beim Ablegen der Mäntel im Foyer nahm X die Garderobenmarke für beide an sich, um in der Pause mit dem Mantel der A zu verschwinden.

Da A dem X die Garderobenmarke im Vertrauen darauf überließ, daß X sich kavaliersmäßig verhalten würde und in dem Aushändigen eines Legitimationspapieres an einen zur Ausnutzung dieses Beweiszeichens entschlossenen Dritten bereits eine weitgehende Vermögensgefährdung, die jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, gesehen werden muß, hat die Garderobiere aufgrund zivilrechtlicher Befugnis hinsichtlich der Marke eine Vermögensverfügung unmittelbar zu Lasten der A getroffen [314].

---

312) Wobei das Pr. Obertr. nicht unbedingt etwas Neues bot. Schon das Allgemeine preußische Landrecht weist in § 1256 II 20 eine ähnlich weite Fassung auf.

313) vgl. auch Rimpau, S. 7 f.; Herberger, S. 6; a.A. z.B. Schütze, S. 472, FN 10;

314) Falls X den Vorsatz, den Mantel zu entwenden, erst später faßt, greift § 246 ein.

Ist aber X mit der Übertragung des Gewahrsams an der Garderobenmarke auf A einverstanden, scheidet insoweit begriffsnotwendig eine "Wegnahme" im Sinne des § 242 aus [315].

Die zivilrechtliche Befugnis braucht nicht auf rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, sondern kann auch auf Gesetz basieren. Deshalb "dürfen" beispielsweise der Prozeßrichter [316], der Grundbuchrichter [317], der Nachlaßrichter [318], der Versteigerungsrichter [319] und der Konkursverwalter [320] verfügen [321]. Daraus ergibt sich auch die Möglichkeit eines Prozeßbetrugs [322].

Eine ältere Ansicht [323] beschränkt die Vermögensverfügungen im Sinne des Betrugstatbestandes auf derartige Dispositionen kraft rechtlicher Verfügungsgewalt.
Binding [324] geht davon aus, daß der Betrug sich als ein Rechtsraub darstelle: "Der Betrogene oder Genötigte soll sein Recht verlieren, der Betrüger oder Erpresser will es erwerben".
Diese Ansicht führte folgerichtig zu einer Ablehnung des Betrugs, wenn der Getäuschte zu der Verfügung nicht nach bürgerlichrechtlichen Maßstäben berechtigt war -keine "Identität" vorlag:

---

315) Die Frage, ob der Täter, indem er später die Marke präsentiert und den Mantel erhält, § 263 oder 242 erfüllt, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

316) vgl. Jagusch, LK, § 263, Anm. 11 f;

317) vgl. RGSt 66/S. 373;

318) vgl. RG GA 63/S. 429;

319) vgl. RGSt 69/S. 103;

320) vgl. RGSt 36/S. 86;

321) weitere Nachweise bei Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 47;

322) vgl. Maurach, BT, § 38 II B 3 b cc; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 48 f.;

323) z. B. Merkel, Kr.Abh. II, S. 303; Herberger, S. 16f.; Binding, Lb. 1, S. 345; Gerland, S. 504; Hegler, ArchRuWPh Bd.9, S. 376; VDB VII, S. 430; Grünhut, JW 1926/S. 1197; Köstlin, Abh., S. 144 f.;

324) Lb. 1, S. 341;

"sei's absolute, sei's relative in dem Sinne, daß der Getäuschte ein Recht der Disposition über Vermögensrechte des Benachteiligten oder die rechtlich anerkannte Möglichkeit, ihn zu verpflichten"[325], besaß.

Was unter einer "rechtlich anerkannten Möglichkeit" zu verstehen sein soll, wird von Binding an keiner Stelle erläutert. Schober[326] weist darauf hin, daß eine derartige Differenzierung widerspruchsvoll ist, weil beide Begriffe - "Recht" und "rechtlich anerkannte Möglichkeit" - identisch sind: Innerhalb des großen Kreises der jemandem möglichen Handlungen gibt es einen kleineren Kreis derjenigen Handlungen, zu denen man berechtigt ist, während ein anderer Teil von Handlungen, zu denen man berechtigt ist, außerhalb des Bereichs der Möglichkeit ist. Deshalb kann man folgern, daß jede mögliche Handlung, sobald sie vom Recht akzeptiert wird, auch berechtigt ist.

Neben Binding ist Merkel[327] einer der eifrigsten Verfechter der Auffassung, daß der Getäuschte zum Vermögen des Geschädigten in einer Rechtsbeziehung stehen müsse. Er argumentiert: "Soll der Gegenstand des Verbrechens ... durch eine Handlung des Getäuschten dem Vermögen des Berechtigten zugunsten des Betrügers entzogen werden, so muß der Getäuschte mit dem Benachteiligten entweder identisch sein, oder in einem solchen Verhältnisse zu dem Vermögen desselben stehen, daß er ... über betreffende Bestandteile dieses Vermögens wirksam zu verfügen vermag".

Für diese Prämisse gibt Merkel folgende Begründung: "Besteht ein solches Verhältnis nicht, so wird es stets an einem der konstitutiven Merkmale des Verbrechens fehlen" 328). "Entweder ist dann die täuschende Handlung nicht die für die Qualifikation des Verbrechens maßgebende, nicht die den Vorgang charakterisierende Haupthandlung oder es mangelt an dem zwischen der Beschädigung und dem angestrebten Vorteil vorauszusetzenden Zusammenhang" 329).

Zwar erläutert Merkel[330], daß nur der "verfügen"kann , der ein "eigenes Recht an der Sache oder ein besonders öffentlichrechtliches oder privatrechtliches Vertretungsverhältnis zum Eigentümer der Sache" hat, seine Ausführungen sind aber insofern

---

325) aaO., S. 345: "Hatte er dies nicht, dann kann ein anderes Vermögensverbrechen ....., aber kein Betrug vorliegen";

326) vgl. Schober, S. 31

327) HH III, S. 764;

328) ebenda;

329) ebenda;

330) ebenda, FN. 5;

nicht ganz eindeutig als er offenläßt, wie zu entscheiden wäre, wenn der Getäuschte seine Befugnis im Einzelfall lediglich überschreitet.

Wenig einsichtig ist auch die Konsequenz, es fehle bei mangelnder Befugnis stets an einem konstitutiven Merkmal, denn der Betrugstatbestand sieht keine Differenzierungsmöglichkeit in Haupt- und Nebenhandlungen vor. Alle Tatbestandsmerkmale sind gleichbedeutend. Sie alle müssen erfüllt sein, ehe von einer Strafbarkeit wegen Betrugs gesprochen werden kann. Ein Betrug scheidet nicht nur aus, wenn keine "Haupthandlung" festgestellt werden kann.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Gerland [331] ein, der negativ eingrenzt:"Da zum Begriff des Vermögens die Rechtsbeziehung gehört, in der der Vermögensträger zum Vermögensbestandteil steht, so ergibt sich, daß als Vermögensbestandteile solche Güter nicht in Betracht kommen, über die der Geschädigte nur die tatsächliche Möglichkeit der Verfügungsfähigkeit besitzt".

In späterer Zeit haben sich dieser "zivilistischen" Lehre verschiedene Autoren angeschlossen und andere dogmatische Begründungen zu geben versucht.

Für Hegler [332] handelt es sich bei dem Problem der Verfügungsfähigkeit um eine "Unterfrage des Auseinanderfallens zwischen Getäuschtem und Geschädigtem" 333): Die Sonderheit des Betrugs, die äußere Willensübereinstimmung zwischen Täter und Getäuschten sei nicht beachtet, sofern keine rechtliche Verfügungsgewalt, d.h. zumindest eine "relative Identität" gefordert werde.

Während aber Binding vom Vermögensbegriff her argumentiert, gelangt Hegler auf dem Wege über den Willen, ein Recht zu übertragen zu einem Vertretungsverhältnis. Für eine derartige Willensvertretung ist aus dem Gesetzeswortlaut nichts zu entnehmen. Daß diese Konzeption vom Wesen des Betrugs geboten ist, weist Hegler nicht nach. Gegen sie spricht, daß der Getäuschte nichteinmal als "selbst" Geschädigter -im Zweierverhältnis- den Gewahrsam an der vom Täter erstrebten Sache zu übertragen wollen braucht, um

---

331) Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, Berlin-Leipzig; S. 635 f.;

332) aaO. ;

333) Schraft, S. 156;

verfügen zu können. Ihre wahre Rechtfertigung soll die von Hegler verfochtene"Vertretung im Übertragungswillen"wohl in der dadurch bedingten klaren Abgrenzungsmöglichkeit des Betrugs von den Aneignungsdelikten finden. Hegler [334] versäumt dann auch nicht, zur Begründung seiner Lehre auf diesen systematischen Vorteil ausdrücklich hinzuweisen. Systematische Erwägungen allein sind jedoch wenig beweiskräftig.

Nicht nahtlos einreihen läßt sich die - gleichfalls am bürgerlichen Recht orientierte - von Schütze [335] konzipierte Lehre, derzufolge der Getäuschte dem Geschädigten bei mangelnder Identität mindestens schadensersatzpflichtig sein muß. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht folgt schon daraus, daß der Getäuschte häufig nicht fahrlässig handelt und deshalb auch nicht ersatzpflichtig wird. Das verdeutlicht treffend ein vielfach zitiertes Beispiel von Schober: [336]

" Der A. geht auf die Jagd und sagt vorher zu seinem Dienstmädchen, er würde, falls es draußen abends kalt würde, einen Boten schicken, dem sie seinen Pelz geben solle. Der B., der dieses zufällig gehört hat, erscheint am Abend, um angeblich im Auftrag des A. den Pelz zu holen. Er erhält denselben und behält ihn dann."

Weil das getäuschte Dienstmädchen nicht fahrlässig gehandelt hat, ist sie auch nicht indirekt geschädigt und somit nach Schütze nicht als Verfügende zu qualifizieren [337]. Schütze verkennt im übrigen, daß nach § 263 allein der Vermögensträger, nicht aber der Getäuschte durch das Verhalten des Verfügenden geschädigt werden muß [338].

Gegen jede am Zivilrecht angelehnte Stellung des Getäuschten ist zusammenfassend folgendes einzuwenden:

Bei Zugrundelegung eines wirtschaftlichen Vermögensbegriffs muß

---

334) in ArchRuWPh, aaO.; so auch Grünhut, aaO.;

335) S. 472, FN. 10;

336) S. 31; zitiert von Haack, S. 31; Holtzendorff, S. 26;

337) Schütze hat eine Ersatzpflicht des Mieters, Beauftragten, Verwahrers usw. im Auge;

338) Aus diesen Gründen ist es vielleicht berechtigt, die Auffassung von Schütze weniger als "interessant" (so Haack, S. 31) als vielmehr "eigentümlich" (so Schober, S. 31) zu bezeichnen.

der Betrug wesensmäßig als ein Delikt "wirtschaftlich verstandener Selbstschädigung" charakterisiert werden. Daraus resultiert bei Berücksichtigung der Tatsache, daß das Opfer selbst im Zweierverhältnis keinen "Übertragungswillen" zu entwickeln braucht, daß im Dreiecksverhältnis keine rechtliche Verfügungsgewalt und auch keine auf Rechtspositionen bezogene "relative Identität" sowie keine "Vertretung im Übertragungswillen" vorauszusetzen ist.

Zwar vollzog sich die Abkehr von der zivilistischen Denkweise bei dem Institut der Verfügungsgewalt, wie überhaupt bei der Interpretation des Verfügungsbegriffs recht langsam, diese Betrachtungsweise schien aber schließlich überwunden.

In neuerer Zeit tauchen im Schrifttum die von Hegler bevorzugten termini "Vertretung" [339] und "Repräsentation" des Geschädigten durch den Getäuschten [340] mit unterschiedlichen dogmatischen Begründungen bei Otto und Schünemann wieder auf:
Eine umfassende Darstellung zu dem angeschnittenen Problemkreis verfaßte Otto [341] [342]. Ohne sich expressis verbis zu der Methode zu bekennen, greift Otto auf zivilrechtliche Grundsätze zurück, um den Begriff der "Verfügungsmacht" zu konkretisieren. Er behauptet, "daß immer dann, wenn ein Gewahrsamshüter sich subjektiv innerhalb des Rahmens bewegt, den ihm der Berechtigte objektiv eingeräumt hat, eine Gewahrsamsübertragung ... vorliegt, falls der Gewahrsamshüter auf Grund der Täuschung, er hielte sich in diesem objektiven Rahmen, die Sachen herausgibt. Maßgeblich ... (sei) demnach ... der Rahmen der Verfügungsgewalt, mit dem der Gewahrsamshüter durch den Berechtigten ausgestattet worden ist ....Bei Einsetzung des Gewahrsamshüters ... (müsse) sich der Berechtigte der Tatsache bewußt sein, daß Irrtümer des Gewahrsamshüters innerhalb der ihm eingeräumten Verfügungsgrenzen möglich seien ... " Der Getäuschte müsse den Geschädigten "repräsentieren" [343]. Es

339) vgl. Schünemann, GA 1969/S. 46 f.;

340) vgl. Otto, aaO., S. 76 f. (79);

341) ZStW 79/S. 84 - 85 insbesondere;

342) Maurach scheint sich Ottos Ansicht angeschlossen zu haben - so jedenfalls in Fälle , S. 49 - 50; anders aber wohl in BT, § 38, II, 3 a;

343) aaO., S. 79;

stehe dem Berechtigten allerdings "frei", die Möglichkeit eines Betrugs durch eine "klare Umgrenzung der Aufgaben des Gewahrsamshüters" auszuschalten 344).

Zum Wesen der Vermögensverfügung gehört keine rechtliche Wirkung, auch nicht in der Form, wie sie von Otto vorgeschlagen wird - kein "rechtliches Übertragen-Dürfen". Auch diese Methode basiert im Grunde auf einem zivilrechtlich geformten Vermögensbegriff.

Anfang des Jahres 1969 propagiert Schünemann [345] die "richtige" Methode. Vertreter jedweder Gegenmeinungen hätten die Methode verfehlt, ja "unreflektiert" seien die "methodischen Grundlagen geblieben; fast könnte man von einem Methodensynkretismus sprechen"346). Schünemann stellt die These auf, das bürgerliche Vermögensrecht sei die "vorstrafrechtliche Wertordnung", der Getäuschte müsse deshalb zivilrechtlich zur "Vertretung" [347] befugt sein. Dazu gelangt Schünemann, indem er den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff zum bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriff in Balance bringt und den Verlust des Gewahrsams nach § 242 unter den zivilrechtlichen Oberbegriff des "Abhandenkommens" subsumiert [348]. Vertretungsberechtigt und damit verfügungsbefugt soll derjenige "Sachhüter" sein, dessen Handeln durch eine Vollmacht -bzw. Anscheins- oder Duldungsvollmacht - gedeckt ist. Einschränkend meint jedoch Schünemann: Nach Überprüfung an dem im Zivilrecht für den Besitzbegriff geltenden Veranlassungsbegriff sei eine Beziehung nur gewissermaßen in "Umkehrung der rechtsgeschäftlichen Vollmacht"[349] auf den "Sachhüter" möglich. Eine Konkretisierung der zivilrecht-

---

344) aaO., S. 85;

345) GA 1969/S. 46 f.; auch Roxin/Schünemann, JuS 1969/S.375-376;

346) vgl. Dreher, GA 1969/S. 57 - 58;

347) auch hier handelt es sich wie bereits bei Otto und Hegler um eine Vertretung in dem Willen, Gewahrsam zu übertragen; der Unterschied zur Heglerschen Konzeption besteht darin, daß Schünemann -wie auch schon Otto- als Bezugsobjekt des Übertragungswillens nicht mehr ein bürgerlich-rechtliches sondern ein wirtschaftlich wertvolles Vermögensobjekt ansieht;

348) vgl. Dreher, aaO., S. 57;

349) Schünemann, aaO., S. 55, FN. 67;

lichen Rechtsinstitute sei nicht nötig, da diese im Strafrecht zwar "in veränderter Gestalt, aber mit dem gleichen sachlichen Gehalt wieder auftauchen" 350).

Die von uns gegen die Lehren Heglers und Ottos vorgebrachten Argumente gelten in gleichem Maße für Schünemann. Auch Schünemann hat nicht den Nachweis erbracht, daß eine "Wegnahme" stets eine "Vermögensverfügung" -und umgekehrt- ausschließen muß [351]. Gegen ein einheitliches Bezugssystem von Betrug und Diebstahl spricht immerhin nachdrücklich die Existenz der zwei differenten Bezugssubjekte, deren Willenseinstellungen nicht unter allen Umständen miteinander korrespondieren müssen: Über die Wirksamkeit der Verfügung entscheidet das Wollen des Getäuschten, der im Dreiecksverhältnis nicht mit dem Geschädigten identisch zu sein braucht. Ob das Tatbestandsmerkmal "Wegnahme" erfüllt ist, richtet sich nach der willensmäßigen Einstellung des Gewahrsamsinhabers, der im Dreiecksverhältnis keinerlei geistigen Anteil an der Täuschungshandlung nehmen muß. Wer den Balanceakt Schünemanns "Abhandenkommen"= "Wegnahme" hinnimmt, hat allein den Diebstahlstatbestand für die Vertreterkonzeption aufbereitet. Das Bezugssystem soll aber darüberhinaus gleichfalls den § 263 erfassen und dabei konstitutiv für die Vermögensverfügung des Getäuschten wirken. Warum dies jedoch so sein soll, erläutert Schünemann nicht näher. Daß es durchaus anders sein könnte, folgt aus der Tatsache, daß die Vermögensverfügung spezifisch strafrechtlicher Natur ist und keine Parallele im Zivilrecht aufweist, die eine Übernahme rechtfertigen könnte, denn eine zivilrechtliche Besitzübertragung ist einer Disposition über das strafrechtliche Vermögensobjekt Gewahrsam nicht vergleichbar: Während für den bloßen Gewahrsamsbetrug im Zweierverhältnis charakteristisch ist, daß sich der Gewahrsamsinhaber aufgrund der Irrtumsrelevanz wegen der Einseitigkeit des tatsächlichen Vorganges des Gewahrsamsverlustes nicht bewußt wird, setzt eine "Besitzübertragung" die Kenntnis der Tragweite der

---

350) Schünemann, aaO., S. 54;

351) diese These stellt Schünemann mit seiner Vertreterlehre auf -vgl. z. B. aaO., S. 52;

Transaktion und eine entsprechende willensmäßige Einstellung des bisherigen Besitzers gerade voraus. Schünemann vermerkt darüberhinaus selbst, daß nach einhelliger zivilistischer Dogmatik [352] bei dem Realakt der Besitzübertragung eine Stellvertretung unmöglich ist - mithin der "vorstrafrechtliche" Wert für die "Vertretung im Gewahrsam" fehlt.

Aber noch mehr spricht gegen Schünemanns Konzeption: Er entwickelt "für das Strafrecht" eine zivilistische Rechtsfigur, deren sachlicher Gehalt den §§ 164 f. BGB bzw. den Rechtsinstituten Anscheins- und Duldungsvollmacht entnommen werden soll - entkleidet der dem Verkehrs- und Vertrauensschutz gewidmeten Kriterien. Was verbleibt unter diesen Umständen jedoch z. B. der Anscheinsvollmacht an Inhalt? Diese Frage drängt sich insbesondere deshalb auf, weil die Anscheinsvollmacht - die Bezeichnung verdeutlicht das plastisch - gerade dem auf den Rechtsschein einer Vollmacht Vertrauenden [353] Schutz bieten soll: Auf den Rechtsschein darf sich berufen, wer nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Vertretene kenne und dulde das Verhalten des für ihn auftretenden Vertreters [354] - sofern der Geschäftsherr bei Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt das Verhalten des Vertreters hätte erkennen und verhindern können, der Schutz des Rechtsscheins also zumutbar erscheint [355]. Nach einer Überprüfung dieser Definition an dem für das Besitzrecht geltenden Veranlassungsprinzip [356] verbleibt von dem Institut der Anscheinsvollmacht eine jedes sachlichen Gehalts entkleidete leere Hülle, nichts aber, was die Konstruktion Schünemanns rechtfertigen könnte. Ob der Gewahrsamshüter sich "innerhalb des ihm erteilten

352) vgl. z. B. Palandt, Einf. v. § 164, Anm. 1;

353) es erscheint doch auch geradezu widersinnig, diese Grundsätze auf das Strafrecht zu übertragen, weil als "Vertrauender" doch wohl nur der Täter des Betrugs in Betracht kommt, und dieser ist doch sicherlich nicht schutzwürdig;

354) wobei in Fällen geringerer Intensität des Rechtsscheins ein Dauermoment hinzukommen muß -vgl. BGH in MDR 1953/S. 345;

355) vgl. BGH NJW 1952/S. 657;

356) diese Praxis schlägt Schünemann - aaO, S. 54 - vor;

Auftrags hält", unter dieser Voraussetzung bejaht Schünemann [357] für seine Lehre eine "Anscheinsvollmacht", ist darüberhinaus für die zivilistische Rechtsfigur als solche unwesentlich. Man gewinnt fast den Eindruck, als sei auf die bürgerlichrechtliche Vollmachtsterminologie ausschließlich um der Methode willen zurückgegriffen worden.

Unter welchen Umständen der Getäuschte im konkreten Fall tatsächlich im Sinne des § 263 "bürgerlichrechtlich" zur Disposition befugt ist, läßt sich aus dem von Schünemann kommentierten Fallmaterial, da eine zwanglose Ableitung aus dem Zivilrecht unmöglich ist, im übrigen nicht mit ausreichender Sicherheit entnehmen. Als bloße Anhaltspunkte können gelten, ob der Betroffene sich "innerhalb des ihm erteilten Auftrags hält" bzw., ob der Eigentümer im Einzelfall "gegen die frühere Herausgabe... (der Sache) an dieselbe Person nichts unternommen(hat)" (Schünemann: § 263) 358) oder aber der Berechtigte sich durch eine "ausdrückliche Instruktion" abgesichert hat 358) (Schünemann: § 242). Andere Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich. Um Grenzfällen gerecht werden zu können, müßten offensichtlich eine Anzahl weiterer Kriterien gewonnen werden.

Daß die Vertreterkonzeption für das Strafrecht nicht paßt [360],

357) aaO., S. 55;

358) Schünemann,aaO., S. 55;

359) derselbe, ebenda,; so auch schon Otto, aaO., S. 85;

360) Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand Drehers -aaO.,S. 59- bei Vorsatzdelikten wie Betrug und Diebstahl sei es erforderlich, daß der Täter die Tatumstände "kennt"-dies sei jedoch bei Zugrundelegung der Schünemannschen Konzeption nicht möglich- greift nicht durch, denn das im sog. dolus eventualis (nach Rechtsprechung und Schrifttum -vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 120 - genügt für die Erfüllung der genannten Tatbestände in bezug auf deren objektive Merkmale ein bedingter Vorsatz des Täters) enthaltene Wissenselement gebietet lediglich, daß der Täter die Möglichkeit der relevanten Tatsachen in Betracht zieht (vgl. Schönke-Schröder, § 59, Rdn. 55). Wenn der Täter im Dreiecksverhältnis sich nun an einen Vermögensfremden wendet, um mit dessen Hilfe mittels Täuschung in den Genuß fremder Vermögensobjekte zu kommen, so doch nur, weil er hofft, daß dieser ihn als Empfangsberechtigten akzeptiert: Und für diese Fälle ist geradezu typisch, daß der Täter zumindest damit rechnet, daß der Getäuschte "geben" darf, im Einzelfall vielleicht seine "Befugnis" sogar überschreitet.

beweist auch das von Schünemann -und Otto - für die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl für essentiell erachtete Verfügungsverbot, denn eine ausnahmsweise dem Getäuschten vom Vermögensträger erteilte Instruktion, die "gehütete" Sache an eine gewisse Person oder zu einem bestimmten Termin nicht herauszugeben, wird vom Vorstellungsbild des Täters regelmäßig nicht erfaßt werden. Die Deliktsqualität würde in Fallkonstellationen dieser Art infolgedessen von einem dem Schwindler verborgenen Umstand abhängen und es wirklich dem allwissenden Richter vorbehalten bleiben, den Täter darüber aufzuklären, wie der Diebstahlsvorsatz, den dieser gefaßt hatte, "in realiter" gestaltet war [361].

Nach alledem kann ein funktionierendes System nur nach den Begriffen gewonnen werden, die das Strafrecht liefert, mithin nur mit einer strafrechtlichen Methode.

Ohne diese Methode expressis verbis zu betonen, kommen Rechtsprechung [362] und Schrifttum [363] nahezu einmütig zu dem Ergebnis, daß eine "faktische Einwirkungsmöglichkeit" des Getäuschten für eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 genügen müsse. So heißt es z. B. bei v. Liszt-Schmidt: "Freilich wird der Getäuschte tatsächlich in der Lage sein müssen über das Vermögen des zu Beschädigenden zu dessen Nachteil zu verfügen" [364].

b. Die"faktische Einwirkungsmöglichkeit"

Wer die Möglichkeit zur faktischen Einwirkung hat, soll verfügen

361) Dreher, aaO., S. 59, macht weiter darauf aufmerksam, daß die zivilrechtliche Konstruktion Schünemanns das Typensystem des Strafrechts durcheinanderbringt. Anhand von Beispielen demonstriert er, daß die Konzeption das Verhältnis von Diebstahl zu Erpressung, Raub und räuberischer Erpressung verdunkelt und verwischt.

362) vgl. RGSt 11/S. 247; 21/S.236; 25/S. 247;39/S.82;42/S.171;56/S.166; GA 51/S.189;LZ 9(1915)S.447;JR 2(1926),Beil.Nr.2090;GA 40/S.41; 47/S.432;RGSt 26/S.28;51/S.166;53/S.260;58/S.216;RG 64/S.228;73/S. 384;Pr.Ob.tr.GA 1861/S.710;RGSt 71/S.291;BGHSt 18/S.221;

363) vgl. z.B. Hälschner,II.Bd.1, S.269;v.Liszt-Schmidt,§ 139 I 3; Olshausen,§ 263,Anm.27,Goltdammer,Mat.§ 241,242 III Nr.8,548; Schröder, ZStW 60/z.B.S.49 u.62;Seifried, S.61;Rommel, S.64; Rimpau, S.37;Schönke-Schröder,§ 263,Rdn.46;Jagusch,LK,§ 263, Anm.4; Dalcke-Schäfer,§ 263,Anm.5a;Kohlrausch-Lange,§ 263,Anm.IV2; Dreher-Maaßen, § 263,Anm.5b;Mezger-Blei,BT,§58 IV;Gribbohm,JuS 1964/S.263;Metz,S.8;Sauer,System,§ 7II 2b;Bockelmann,Niederschriften,S.40;Haack,S.28;Lietzmann,S.48;Holtzendorff,S.26;Schober,S.32;

364) § 139 I 3;

können.

Die Schöpfer dieser stereotypen Formel haben offenbar in erster Linie nicht an die Fälle gedacht, in denen vermögensfremde Personen durch ihr Verhalten schädigend wirken, sondern an die Vermögensverfügungen von Gewahrsamsinhabern, also an Dispositionen über zum eigenen Vermögen gehörende Objekte [365].

So wird dann auch die "Verfügungsmacht" des Finders als symptomatisch für die "faktische Einwirkungsmöglichkeit" genannt [366] und argumentiert, der Finder habe Gewahrsam an der von dem Berechtigten verlorenen Sache und sei deshalb zur Übertragung seines Gewahrsams fähig [367].

Stets ist im Auge zu behalten, daß der Getäuschte im Dreiecksverhältnis über fremdes Vermögen verfügen soll. An einer Fremdheit des von dem Täter erstrebten Vermögensobjekts mangelt es beispielsweise auch in dem Stradivari-Fall:

A hatte eine Stradivari von B "geliehen". Entgegen seiner Vorspiegelung hatte A jedoch von vornherein beabsichtigt, die Stradivari zu veräußern. Als A dem C das Instrument zum Kauf anbietet, erkennt dieser das Eigentum des B und will sich dieses Wissen zunutze machen. Er erklärt dem A, ihm seien die Eigentumsverhältnisse bekannt. Sofern ihm A aber die Stradivari für 3 Monate zum Spielen überlasse, werde er sich dem B gegenüber über die Absichten des A in Stillschweigen hüllen, sogar eine "Leihgebühr" wolle er bezahlen. Diese zusätzliche Verdienstmöglichkeit will sich A nicht entgehen lassen. Am folgenden Tag veräußert dann C -wie er es von Anfang an vorgehabt hatte- die Stradivari an den gutgläubigen D.

A hatte -wenn auch durch einen Betrug zu Lasten des B- Alleingewahrsam an der Stradivari begründet. B besaß keinerlei Herrschaftsmöglichkeit -keinen "Rumpfgewahrsam"- mehr. Für eine Vermögensverfügung über ein fremdes Vermögensobjekt war somit kein Raum.

365) vgl. dazu Schröder, ZStW 60/S. 69, FN 40;

366) vgl. Rimpau, S. 33;

367) In der Entscheidung des BayObLG, GA 1964/S. 82 bleibt - wie wir noch sehen werden- unklar als zu wessen Lasten erfolgt der Senat die Verfügung ansieht.

Als Voraussetzung für eine Vermögensverfügung über fremdes Vermögen verlangt Rimpau [368], "daß der Getäuschte in einem derartigen, wenn auch rein tatsächlichen Verhältnis zu dem Vermögen des anderen sich befindet, daß durch seine Handlung dessen Bestand verändert werden kann".

Er zitiert einen von Hälschner gebildeten Fall:

Ein Schwindler geriert sich als Eigentümer eines Bauplatzes und verkauft darauf liegende, seinen Angaben nach von ihm nicht benötigte Steine an einen Bauern, der ihm den Kaufpreis zahlt, die Steine auflädt und wegfährt.

In diesem Beispiel werde, so argumentiert Rimpau [369] [370], das Vermögen "tatsächlich der Machtsphäre des Berechtigten entzogen (und es sei auch) tatsächlich die Sache aus dem Herrschaftsbereich des Berechtigten in denjenigen des böswilligen Empfängers gelangt".

Bereits Kohler [371] hielt es demgegenüber für selbstverständlich, in einem entsprechenden Fall [372] einen Betrug zu verneinen.

Ähnlich gelagerte Sachverhalte sind vom Reichsgericht zunächst wenig einheitlich beurteilt worden. Der 4. Senat hatte am 17.10.1890 den Bretter-Fall [373] zu entscheiden und lehnte § 242 mit der Begründung ab, bei einem durch einen Tatmittler vollzogenen Gewahrsamsbruch könne prinzipiell kein Diebstahl angenommen werden [374]. Der Holz-Fall [375] gab dem 3. Senat Gelegenheit, den Betrugstat-

368) S. 23, 37;

369) S. 32;

370) unverständlicherweise gelangt auch Gerland, S. 637, in einem vergleichbaren Fall zu einer Strafbarkeit gemäß § 263, obwohl nach seiner Konzeption die nur tatsächliche Möglichkeit, über fremdes Vermögen zu disponieren, an sich nicht für die Erfüllung des Betrugstatbestandes ausreichen soll (vgl. S. 636);

371) vgl. GA 56/S. 285 f. (289 - 300);

372) Jemand gibt sich einem anderen gegenüber als Eigentümer eines Baumes aus und bringt diesen auf diese Weise dazu, ihm Äpfel herunter zu holen.

373) RGSt 21/S. 110 f. - Der Angeklagte A hatte dem K Bretter des W -bei diesem stand A in Diensten- verkauft. Die Bretter holte K, wie mit A verabredet worden war, vom Grundstück des W ab.

374) Eine Bestrafung wegen Betrugs wird erwogen, ohne daß allerdings ausgeführt wird, zu wessen Nachteil ein solcher begangen sein könnte.

375) RGSt 25/S. 244 f. - Der Täter verkauft dem G gehörendes Holz an K, B und H und bestimmt dieselben unter Vorspiegelung falscher Tatsachen, das Holz aus dem Walde abzufahren.

bestand mit Hilfe der Formel von der "faktischen Einwirkungsmöglichkeit" zu bejahen. Der Senat begründete seine Entscheidung im wesentlichen damit, daß beim Betrug für eine Vermögensverfügung lediglich zu fordern sei, "daß der Betrüger (gemeint ist wohl der Getäuschte!) mindestens tatsächlich dergestalt in der Lage ist, über Vermögensstücke des Geschädigten zu verfügen, daß eine solche von dem Getäuschten vorgenommene Verfügung dem Eigentümer der Vermögensstücke eine Vermögensminderung bringt." Am 22. 4.1913 revidierte der 4. Senat seine Ansicht und nahm im Eisenbahnschwellen-Fall [376] erstmals bei Täuschung eines gutgläubigen Käufers allein einen Diebstahl an, ohne jedoch die Ablehnung eines Betrugs zu begründen. Für essentiell wurde gehalten, daß der gutgläubige Käufer fremden Gewahrsam brechen konnte, weil der Eisenbahnfiskus bis zur Abladung der Schwellen Gewahrsam an diesen hatte.

Dieses Urteil wirkte bahnbrechend und später wichen das Reichsgericht [377] und ihm folgend der Bundesgerichtshof [378] von der eingeschlagenen Rechtsprechung nicht mehr ab. So hielt der Bundesgerichtshof auch im Forstbeamten-Fall den Täter eines Diebstahls für überführt: [379]

Der Forstbeamte F beabsichtigte seine finanzielle Lage durch verbotene Holzgeschäfte zu verbessern. Er veräußerte dem Staat gehörendes im Walde lagerndes Holz an den gutgläubigen Landwirt L und ließ diesen das Holz abfahren.

Nicht ganz einmütig werden vergleichbare Fälle im Schrifttum beurteilt. Während Schröder zum Beispiel im Dienstmann- [380] und

376) RGSt 47/S. 147 f.: Der Eisenbahnangestellte E läßt Eisenbahnschwellen auf ein entferntes Gleis leiten, von wo aus er sie an einen Gutgläubigen veräußert.

377) vgl. RGSt 57/S. 166 -Koks-Fall; 70/S. 212 f. -Träger-Fall; erstmals bejahte das Reichsgericht im letzteren Fall neben § 242 einen Betrug zu Lasten des gutgläubigen Käufers in Idealkonkurrenz, § 73;

378) MDR 1954/S. 398;

379) MDR 1954/S. 398;

380) ZStW 60/S. 60: Der Täter beauftragt einen Dienstmann, ihm den Koffer eines anderen Reisenden, den dieser abgesetzt hatte, nachzutragen.

Getreide-Fall [381] und Maurach unter anderem im Mantel-Fall [382] einen Diebstahl für gegeben erachten, entscheiden sich Nebelung [383] und Sauer [384] in derartigen Sachlagen für ein Konkurrenzverhältnis von Diebstahl und Betrug. Warum die herrschende Meinung [385] allein § 242 für erfüllt ansieht, wird nicht näher begründet.

Ein einem Beispiel von Schröder [386] nachgebildeter Sachverhalt zeigt plastisch, wie lebensfremd -und für einen Laien unverständlich- sich im Einzelfall die Bestrafung eines Täters wegen Betrugs kraft sogenannter "faktischer Einwirkungsmöglichkeit" ausnehmen kann, wenn der Getäuschte genauso wie der Täter vor der Transaktion keinerlei Beziehungen zu der von dem Täter ins Auge gefaßten Sache hat:

A veranlaßt den B durch die Angabe, seinen Hausschlüssel vergessen zu haben, in das von ihm als sein Haus bezeichnete Gebäude des X einzusteigen und ihm "seinen" Wintermantel zu holen.

Den Einbruch des B wird man, obgleich der Getäuschte aufgrund seiner guten "Klettereigenschaften"eine "faktische Einwirkungsmöglichkeit" besaß, schwerlich als Vermögensverfügung charakterisieren können.

Damit ist erhellt, daß die Formel von der "faktischen Einwirkungsmöglichkeit" für die Beurteilung eines Betrugs im Dreiecksverhältnis keine überzeugenden Lösungen liefert, sondern vielmehr nur schlagwortartig auf das eigentliche Problem hinweist, daß der Getäuschte unter irgendwelchen Voraussetzungen "Verfügungsmacht" haben könnte. Die Anwendung der Formel in der dargestellten

---

381) ZStW 60/S. 64: Ein Bauer beauftragt seinen neueingestellten Knecht, das einem anderen Bauern gehörende Getreide in seine Scheune zu fahren.

382) BT, § 26 III B 1: Der Täter bittet in einer Gaststätte einen gutgläubigen Gast, ihm "seinen" Mantel zu reichen; vgl. dazu auch Weingart, S. 76.

383) S. 6 - 7;

384) System, § 7 II 2 b;

385) vgl. z. B. Bockelmann, Niederschriften, S. 40;

386) vgl. ZStW 60/S. 62;

vielfach praktizierten Form -das heißt ohne jede weitere Konkretisierung- befreit von langen und tiefschürfenden Überlegungen und kann, da sie aufgrund ihrer rohen Fassung flexibel ist, sogar zu kriminalpolitisch befriedigenden Ergebnissen führen. Sie ist jedoch, weil ihre Anwendbarkeit bei Täuschung vermögensfremder Personen nahezu niemals ausgeschlossen ist, so recht geeignet, die Grenzen der Tatbestände der §§ 242 und 263 zu verwischen und aufzulösen und deshalb nicht mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit in Einklang zu bringen.

Da ein jeder, der einem anderen eine Sache fortnimmt (auch der Dieb), in irgendeinem Augenblick -und sei es unmittelbar vor der Tatausführung- die reale Möglichkeit besitzt, "faktisch" auf die erstrebte fremde Sache "einzuwirken", kann infolgedessen -davon geht neuerdings auch die herrschende Meinung stillschweigend aus- nicht jede in irgendeinem Zeitpunkt realisierte "Sachnähe" genügen.

Wie aber muß die Position eines Vermögensfremden im Falle einer Vermögensverfügung beschaffen sein? Und wie ist es, wenn der Getäuschte im Dreiecksverhältnis verfügt, um die Erfüllung des Diebstahlstatbestandes bestellt?

aa. Die Grenzen der "faktischen Einwirkungsmöglichkeit" heute in Literatur und Rechtsprechung und das Konkurrenzverhältnis von Betrug und Diebstahl im Dreiecksverhältnis

Nach Welzel [387] muß der Getäuschte, um betrugswirksam handeln zu können, zumindest Gewahrsamsinhaber sein. Sofern der "Verfügende" dabei sogenannten untergeordneten Gewahrsam innehat oder aber lediglich "Gewahrsamsdiener" ist, soll eine Idealkonkurrenz, § 73, möglich sein [388]. Warum Welzel in dieser Weise modifiziert,

387) Lb. 7, § 53 I 3 b, S. 315 z. B.;

388) Lb.[11], § 54 I, 3 b; anders früher - z. B. in der 7. Auflage des Lehrbuchs, § 53 I 3 b:"Wo der Getäuschte über eine fremde Sache verfügt, an der nicht einmal bereits Gewahrsam besaß, handelt es sich nicht um Betrug, sondern um Diebstahl in mittelbarer Täterschaft".

zwischen untergeordnetem und gleichrangigem Gewahrsam differenziert und das Exklusivitätsverhältnis von Betrug und Diebstahl nur für den Fall des untergeordneten Gewahrsams durchbricht, bleibt unverständlich, denn im Zweierverhältnis hält Welzel prinzipiell auch den Bruch von Mitgewahrsam durch einen gleichgeordneten Gewahrsamsinhaber für möglich [389]. Die Meinung Welzels wird sich nicht begründen lassen.

Das Oberlandesgericht Stuttgart [390] maß neben der "Verfügungsberechtigung" der Vermieterin offensichtlich den Gewahrsamsverhältnissen an den Kraftfahrzeugschlüsseln erhebliche Bedeutung bei. Der Senat rechtfertigt seine Abweichung von BGH St 18/S. 221 f. und Entscheidung für eine Strafbarkeit gemäß § 242 damit, daß die getäuschte Vermieterin im Gegensatz zu dem Garagenwärter an den Schlüsseln keinen Gewahrsam hatte.

Die herrschende Meinung hält den Gewahrsamsbegriff für kein geeignetes Abgrenzungskriterium.

Schröder [391] behauptete schon vor über 30 Jahren:
Über ein fremdes Vermögensobjekt könne derjenige verfügen, der zu der betreffenden Sache eine bessere Stellung als der Täter einnehme, nämlich innerhalb einer besonderen Machtsphäre stehe.

Schröder argumentiert: "Wo der Getäuschte von dem Gegenstand, den er dem Betrüger übergeben soll, ebensoweit entfernt ist wie der Betrüger selbst, da nutzt der Täter nicht, wie es dem Wesen des Betrugs entspricht, eine von dem Getäuschten innegehabte bessere Position sondern er benützt lediglich das Opfer seiner Täuschung als Werkzeug der leichteren Wegnahme, dort liegt also kein Betrug, sondern allenfalls Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vor. Denn hier verschafft sich der Täter nicht von dem Getäuschten, was dieser besitzt, sondern er läßt sich von diesem etwas im Wege eines unrechtmäßigen Vermögenseingriffs verschaffen, das der Getäuschte ebensowenig besitzt wie der Täter" 392) ... Der Täter läßt sich "die begehrten Sachen aus einer Machtsphäre von einem Angehörigen dieser Machtsphäre herausgeben" 393).

---

389) Lb. [11]; § 48 I, 2 a;

390) JR 1966/S. 29;

391) ZStW 60/S. 33 f. (z. B. S. 72);

392) aaO., S. 70 - 71;

393) aaO., S. 72;

Dieser von Schröder konzipierte Begriff der"Verfügungsmacht" ist nicht mit dem von ihm verfochtenen engen Verfügungsbegriff [394] in Einklang zu bringen, denn immer wenn der getäuschte Vermögensfremde aufgrund des Schröderschen Näheverhältnisses disponiert, ist er sich nicht bewußt, daß er fremden Gewahrsam aufhebt und auf einen anderen überträgt: Entweder hält der im Dreiecksverhältnis Getäuschte den Täter persönlich für den Gewahrsamsinhaber oder aber er glaubt, daß der Gewahrsamsinhaber dem Täter bereits vor der Transaktion die Herrschaftsgewalt über die Sache eingeräumt hat und deshalb im Augenblick der Transaktion seinen Herrschaftswillen nicht mehr betätigen will. Gibt der Täter beispielsweise vor, die Sache vom Vermögensträger geliehen, gekauft oder gemietet zu haben, wird der Getäuschte meinen, der bisherige Gewahrsamsinhaber übe die Sachherrschaft nicht mehr aus sondern habe diese schon selbst übertragen [395] [396].

Schröders [397] These, aus der "Wegnahme" als eines objektiven Tatbestandsmerkmals sei zu schließen, daß die Frage, ob neben einer Vermögensverfügung noch ein Bruch fremden Gewahrsams vorliege, nicht nach der Vorstellung des Getäuschten sondern danach, ob die Sache objektiv "ohne oder gegen" seinen Willen entzogen worden ist und im Dreiecksverhältnis deshalb eine Ausnahme vom Exklusivitätsprinzip der §§ 242 und 263 konzediert werden müsse, besticht

---

394) das gleiche gilt für Otto !

395) Aus der Existenz der Verfügungen über fremde Vermögensobjekte läßt sich deshalb ein weiteres Argument gegen das Erfordernis eines Gewahrsamsübertragungswillens herleiten.

396) Der Einwand Schünemanns (GA 1969/S. 50), es sei nicht angängig, Rechtsbegriffe aus faktischen Gegebenheiten abzuleiten, ist, wie Dreher (GA 1969/S. 58) zutreffend konstatiert, nicht zwingend. Der Neukantianismus hat zwar bestritten, daß aus einem Sein ein Sollen gefolgert werden könne; daß Recht aber an faktische Gegebenheiten anknüpfen darf und das auch in großer Zahl tut,und tun muß, ist schlechterdings unstreitbar (so Dreher, aaO., S. 58). Der Gewahrsam ist z. B. ein derartiger Begriff.

397) vgl. z. B. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 140; ZStW 60/S. 79;

in ihrer Klarheit und erweckt prima vista den Anschein, konsequent zu sein. Der Vorwurf, den Schünemann [398] erhebt, Schröder gewinne seine Argumente "teils aus faktischen, teils aus normativen Bezügen", ohne die Berechtigung der jeweiligen Betrachtungsweise nachzuweisen, ist jedoch berechtigt: Schröder macht die Gewahrsamsverfügung von einer "bloß tatsächlichen, aus der räumlichen Nähe erwachsenden Verfügungsmöglichkeit abhängig", während er einen Gewahrsamsbruch stets annimmt, sofern dem vom Täter in den Sachbeschaffungsvorgang eingeschalteten Getäuschten die "rechtliche Befugnis zur Weggabe der Sache fehlt" [399].
Den Nachweis für die Richtigkeit dieses Methodendualismus, das eine Mal auf das "rechtliche Dürfen", das andere Mal auf das "tatsächliche Können" entscheidendes Gewicht zu legen, bleibt Schröder schuldig.

Mit den Lehren Schröders hat man sich im Schrifttum in den vergangenen Jahren vielfach auseinandergesetzt. Im wesentlichen sind seine Thesen, soweit es um die Strafbarkeit des Täters wegen Betrugs geht [400], unangetastet geblieben und als grundlegend anerkannt worden.

So meint Hellriegel [401], daß der Getäuschte schon vor der Transaktion eine gewisse tatsächliche Verfügungsmacht innegehabt haben müsse.

Lenckner [402], der in den Ergebnissen mit Schröder konform geht, hält es zwar für "naheliegend", die Stellung des Getäuschten entsprechend dem Gewahrsamsbegriff zu konkretisieren, lehnt diese Theorie letztlich aber doch unter Hinweis auf die von ihm nicht

---

398) GA 1969/S. 49 - 50;

399) Schünemann, aaO., S. 49 - 50; vgl. Schröder, ZStW 60/S. 73 f.;

400) sieht man einmal von Otto, Schünemann und Nebelung, S. 74, der die Ansicht verficht, die Annahme einer "besonderen Stellung"des Getäuschten lasse sich nicht aus dem Wesen des Betrugs begründen, ab;

401) S. 102 f.;

402) JZ 1966/S. 320;

bewiesene These einer Konkurrenzmöglichkeit von Betrug und Diebstahl ab. Nach Lenckners Meinung soll der getäuschte Vermögensfremde verfügen können, sofern er "im Lager" des Geschädigten steht.

So plastisch diese Formulierung ist, enthält sie doch keine praktikable Präzisierung der Theorie Schröders. Genauso wenig überzeugend sind die Ausführungen Lenckners zum Konkurrenzproblem: "Daß sich in diesen Fällen die Verfügung mit einer Wegnahme verbindet, ist nichts Außergewöhnliches, kommt diese Situation doch auch sonst vor, wie etwa gerade BGH St 18/221 zeigt" 403). Der von dem Bundesgerichtshof beurteilte Sachverhalt, auf den wir im weiteren Verlauf der Arbeit noch einzugehen haben werden, wirft das Problem auf, er löst es nicht. Der 2. Senat nimmt nicht einmal ausdrücklich zu der essentiellen Frage Stellung, ob der verfügende Gewahrsamshüter gleichzeitig fremden Gewahrsam im Sinne des § 242 bricht.

Andere Autoren sind auf Schröders Erkenntnissen aufbauend zu bildhaften Ganzheitsbetrachtungen gelangt, die es ermöglichen, die Alternativität der Tatbestände der §§ 242 und 263 konsequent durchzuführen:
So heißt es bei Weingart [404]: "Der Betrüger läßt sich die begehrte Sache aus einer ihm fremden Machtsphäre von einer Person herausholen, die im Gegensatz zu ihm innerhalb dieser Machtsphäre steht, wobei ihm letztlich gleichgültig ist, ob der Getäuschte die begehrte Sache als Eigentümer, Besitzer oder nur als Schutzperson "hat". "... Den Einbruch in die Herrschaftssphäre vollzieht der Betrüger mittels Täuschung eines Angehörigen dieses Kreises..., der Dieb, sofern er nicht selbst tätig wird, mittels Täuschung einer außerhalb der Herrschaftssphäre stehenden Person". Gribbohm [405] und Wedekind [406] greifen die von Schröder entwickelte Wesensschau auf und folgern daraus, daß die genannten Verhaltensweisen den jeweiligen Täter typisieren.

---

403) Lenckner, JZ 1966/S. 321;

404) S. 79;

405) NJW 1967/S. 1897 f. unter Berufung auf Wedekind, wo er seine in JuS 1964/S. 233 f. auch bezüglich des Konkurrenzverhältnisses eng an Schröder orientierte Ansicht revidiert;

406) S. 54 - 58;

Wie die "Verfügungsgewalt" im Dreiecksverhältnis in realiter auszusehen hat, wird weder von Weingart, Gribbohm noch von Wedekind beantwortet. Der Hinweis auf besondere Machtsphären, aus denen die Sache herausgereicht oder genommen werden muß, überzeugt nicht, wenn deren Grenzen nicht aufgezeigt und ihre Voraussetzungen nicht im einzelnen genannt werden. Schünemann [407] wendet zu Recht ein, daß diese "intuitive Ganzheitsbetrachtung" den differenzierten Problemen des Dreiecksbetruges nicht gerecht werden kann. Eine solche Abgrenzung nach Typen bedarf der Herausarbeitung zusätzlicher Kriterien, bevor sie überhaupt brauchbar wird, denn die Denkform des Typus wird erst praktikabel, wenn der "gefundene Typ in seinen essentialia relativ bestimmt" [408] ist. Geschieht dies nicht, werden die Typen Betrüger und Dieb letztlich mit Hilfe einer typologischen Betrachtungsweise konstituiert [409].

Nach Dreher schließen sich die Delikte Betrug und Diebstahl auch im Dreiecksverhältnis in jedem erdenklichen Fall gegenseitig aus. Dreher [410] bezieht sich in seiner ablehnenden Anmerkung zu der Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart nicht auf Schröder, formuliert jedoch hinsichtlich der betrugsrelevanten Stellung des Getäuschten teilweise recht ähnlich: Die Sache müsse sich vor der Disposition in der Einwirkungssphäre des Getäuschten befinden, das Opfer, d. h. der Getäuschte, müsse der Sache "nahestehen". Im Endeffekt scheint es Dreher jedoch nicht auf dieses objektive Moment sondern auf subjektive Kriterien anzukommen: Verfügen soll nur derjenige können, der nach seiner Vorstellung nicht die Rolle eines Werkzeugs für den Täter spielt, sondern für den Berechtigten -an seiner Stelle- dessen Willen zu erfüllen beabsichtigt. Der Täter erfülle den Betrugstatbestand, wenn der Getäuschte von ihm veranlaßt wird, von "seiner faktischen Einwirkungsmöglichkeit ... nicht auf der Seite des Täters und für ihn, sondern auf der Seite des Geschädigten und für diesen Gebrauch"zu machen.

---

407) aaO., S. 56;

408) Schünemann, aaO., FN. 73;

409) derselbe, aaO., S. 56; die genannten Autoren geraten damit in die Nähe einer petitio principii;

410) JR 1966/S. 29 f.; in GA 1969/S. 56 f. bekräftigt Dreher seine Meinung;

Das von Dreher bevorzugte subjektive Kriterium ist zur Abgrenzung ungeeignet und trägt wenig zur Lösung des Problems bei. Dieser Einwand behält trotz Drehers Protest in GA 1969/S. 60 seine Berechtigung, denn auch der Tatmittler eines "listigen" Diebstahls beabsichtigt in aller Regel für den Berechtigten als dessen Werkzeug tätig zu werden, sofern er der Täuschung erliegt, der Täter sei zur Ausübung der Sachherrschaft berechtigt.

Die Rechtsprechung ist zu der Frage der Grenzen der "faktischen Einwirkungsmöglichkeit" unergiebig.

Im Sammelgaragen-Fall bejaht der 2. Senat einen Betrug mit der lapidaren Begründung, daß der Pförtner "der Sache am nächsten stehend die unmittelbar räumliche Einwirkungsmöglichkeit hat und deshalb über sie ... tatsächlich verfügen kann" 411).

Aus der Diskussion, ob neben einem Betrug auch der Diebstahlstatbestand erfüllt sein kann, haben sich die Gerichte weitgehend herausgehalten. Die Erwägung des 2. Senats zu diesem Problemkreis ist wenig fruchtbar: " ... daß es für die Unterscheidung, ob Diebstahl oder Betrug gegeben ist, allein auf die Willensentschließung des gutgläubigen Mitgewahrsamsinhabers ankommen kann..." 412).

Daß der Senat hier "einer begrifflich wohl durchdachten, aber unnatürlichen Konstruktion eine Absage" erteilen wollte, kann der Urteilsleser nur ahnen [414]. Die eigentliche Begründung für die Ablehnung einer Diebstahlsstrafbarkeit soll wohl in der kurzen Bemerkung des Senats, daß im Rahmen des § 263 ja Getäuschter und Geschädigter nicht identisch zu sein brauchen, liegen. Dieses Dogma bildet die Ursache des Konflikts, nicht seine Lösung. Die Rechtsprechung gerät mit ihrer Argumentation in die Nähe einer petitio principii. Indem der Senat wie selbstverständlich von einem Exklusivitätsprinzip ausgeht, versucht er den eigentlich zweifelhaften Punkt, ob der Grundsatz im Einzelfall doch einmal

411) BGHSt 18/S. 221 f. (223-224);

412) BGHSt 18/S. 223;

413) Kolhaas, Anmerkung, aaO.;

414) Gribbohm, aaO.;

durchbrochen sein kann, zu verdecken. Die Darlegungen sind im übrigen zu wenig differenziert, als daß eindeutig konstatiert werden könnte, daß der Senat dem Betrug einen Vorrang einräumt und demzufolge § 242 im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt, oder bereits der Diebstahlstatbestand, weil das Merkmal "Wegnahme" nicht erfüllt ist, verneint wird. Die Tatsache, daß der Gutgläubigkeit des Garagenwächters für die Deliktsqualität Bedeutung beigemessen wird, könnte für die zweite Alternative sprechen. . Dann wäre wohl verkannt worden, daß die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Werkzeugs zumindest grundsätzlich und primär ohne Belang für die Beurteilung eines "Gewahrsamsbruchs" und damit einer"Wegnahme" im Sinne des § 242 ist. Das Argument, es sei allein auf die Willensentschließung des der Sache näher stehenden getäuschten Garagenwärters abzustellen, begründet zwar schlüssig, daß eine Vermögensverfügung zu Lasten des Berechtigten vorliegt, begründet aber nicht, daß bei Vorliegen des Betrugstatbestandes nicht gleichzeitig auch der Diebstahlstatbestand gegeben sein kann. Um den § 242 auszuschließen, hätte nachgewiesen werden müssen, daß in derartigen Fallkonstellationen keine "Wegnahme" anzunehmen ist.

bb Lösungsweg und Lösungsvorschlag:

Die "Vertretung im Rumpfgewahrsam"

Unproblematisch ist die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl im Dreiecksverhältnis einerseits, wenn der Tatmittler von dem Vermögensträger gerade dazu eingesetzt worden ist, Gewahrsam an fremden Sachen zu übertragen. Handelt nämlich der Getäuschte, indem er die Sache dem Täter überläßt, im Rahmen eines konkreten oder aber generellen Einverständnisses, kann nicht mehr von einem Gewahrsamsverlust "gegen den Willen" im Sinne des Diebstahls gesprochen werden und das Exklusivitätsprinzip der Tatbestände bliebe gewahrt.
Folgende Beispiele seien genannt:

(1) A zahlt im Tabakladen des L mit einem gefälschten 5o,-DM-Schein. Die Verkäuferin (V) übergibt ihm das Päckchen Zigaretten und das Wechselgeld.

(2) Spediteur S hat seinen Lagerarbeiter L angewiesen, dem E gehörendes Speditionsgut an den um 16 Uhr kommenden Boten des E auszuhändigen. A erscheint als angeblicher Bote, läßt sich die Sachen herausgeben und verschwindet auf Nimmerwiedersehen.

V handelte bei der Übergabe der Sachen noch im Rahmen des generellen Einverständnisses des L, Waren und Wechselgeld an Kunden herauszugeben und L hielt sich durchaus noch im Rahmen der Anweisung, die Sachen an denjenigen, der als Bote des E kommen werde, herauszugeben. Daß der Gewahrsamsinhaber selbst möglicherweise der Täuschung nicht erlegen wäre und die Sachen dem falschen Boten nicht ausgehändigt hätte, vermag nichts daran zu ändern, daß S aufgrund der von ihm erteilten Vollmacht - also durchaus mit seinem Willen den Gewahrsam am Speditionsgut eingebüßt hat. Entsprechend ist die rechtliche Wertung bei den Zigaretten und dem Wechselgeld.

Andererseits kann mit einem gegen den Eigentümer und Gewahrsamsinhaber gerichteten Diebstahl in mittelbarer Täterschaft ein Betrug zu Lasten des Getäuschten - das ist unbestritten [415] - durchaus dann in Idealkonkurrenz, § 73, stehen, wenn sich die Tätigkeit des getäuschten Werkzeugs gleichzeitig als eine diesen selbst in seinem Vermögen beeinträchtigende Leistung darstellt. So ist es beispielsweise in den folgenden Sachlagen, in denen der Täter jeweils nicht geneigt ist, die Transportkosten zu entrichten:

(1) Der Reisende A veranlaßt einen Gepäckträger, den Koffer des im Speisesaal sitzenden B aus dem Bahnhof zu holen, indem er ihm vorspiegelt, das Gepäckstück gehöre ihm, dem A.

(2) A veranlaßt den Fuhrunternehmer F, vom Lagerplatz des Baustoffhändlers B außer den von A gekauften Baustoffen auch einen weiteren Posten Ziegelsteine für A abzufahren, indem er vorgibt auch diesen gekauft zu haben.

---

415) vgl. z. B. RGSt 7o/S. 212; aber auch den Gänsebucht-Fall in RGSt 48/S. 58 f (59);

Zu diskutieren bleibt im Dreiecksverhältnis die rechtliche Einordnung jener Sachverhalte, in denen der Getäuschte aufgrund einer irgendwie gearteten "faktischen Einwirkungsmöglichkeit" als Vermögensfremder verfügen kann, der Vermögensträger jedoch nicht gewillt ist, seinen Gewahrsam zu verlieren. Es geht um die Beantwortung der Fragen:

(1) Unter welchen Voraussetzungen kann der Getäuschte im Dreiecksverhältnis noch betrugswirksam disponieren?

(2) Wie ist es im Fall einer Verfügung im Dreiecksverhältnis um das Konkurrenzverhältnis von Betrug und Diebstahl bestellt?

Bevor das eigene Konzept entwickelt werden soll, ist, um Mißverständnisse zu vermeiden, zu wiederholen, daß das Wesen des Betrugs sowohl im Zweier- als auch im Dreiecksverhältnis a priori keine rechtliche Verfügungsmacht erfordert. Die "Selbstschädigung" muß -insbesondere weil der Betrugstatbestand einen wirtschaftlichen, nicht aber einen rechtlichen Vermögensbegriff bedingt- wirtschaftlich und nicht etwa zivilistisch interpretiert werden. Es sprechen keine überzeugenden Gründe dafür, den Schaden wirtschaftlich, den Akt hingegen, der zu der Schädigung führt und sie zu einer "Selbstschädigung" qualifiziert - den "Selbstschädigungsakt" - bürgerlichrechtlich und nicht wirtschaftlich zu verstehen.

Aus der Ausdrucksweise des Gesetzgebers"eines anderen" geht nicht hervor, wie die infolgedessen ebenfalls wirtschaftlich zu interpretierende Position des Getäuschten zu dem vom Täter begehrten Vermögensobjekt in concreto ausgestaltet sein muß, damit dieser verfügen kann.

Auch die Entstehungsgeschichte bietet keine Basis für eine Konkretisierung. Aus ihr ist lediglich zu entnehmen, daß die vorliegende Fassung der Betrugsvorschrift gerade gewählt worden ist, um der Möglichkeit Raum zu geben, darunter auch den Fall der Nichtidentität von Getäuschtem und Geschädigtem zu subsumieren [416].

416) vgl. die Motive zu § 263 - Goltdammer, Materialien zum prStGB II, S. 548, Nr. 8;

Welcher Art die betrugsrelevante Beziehung des Getäuschten sein muß, kann daher allein aus dem Sinngehalt des Betrugs als eines Delikts unwissentlicher "wirtschaftlicher" Selbstschädigung ergründet werden. Es bedarf sozusagen der Auffindung eines "Mittels zwischen der wirtschaftlich besonders vorteilhaften Stellung des Getäuschten bei Vermögensverfügungen über eigene Vermögensobjekte und der Position jener Personen, die wie der Dieb vor der Tat keinerlei Bindungen zu der betreffenden Sache haben.

Ein Dieb hält sein vermögensfremdes Opfer durch List dazu an, sich eine wirtschaftlich vorteilhafte Beziehung zu der Sache durch eine "Wegnahme" erst zu beschaffen. Beide, Dieb und Tatmittler eines Diebstahls sind im Zeitpunkt der Tat von dem erstrebten Objekt gleich weit entfernt. In dem Augenblick, in dem der getäuschte Mittler eines Diebstahls irrtumsbeeinflußt "sein" Ziel erreicht und sich der fremden Sache bemächtigt, um sie an den Schwindler weiterzureichen, also eine wirtschaftlich günstigere Stellung als der Täter zu der Sache einnimmt, ist er -und der Täter durch ihn- bereits in eine fremde Herrschaftssphäre eingedrungen.

Es muß somit ein Kriterium gefunden werden, das eine "Fremdschädigung" ausschließt und gleichzeitig dem Wesen des Betrugs als einem "Selbstschädigungs"delikt gerecht wird. Im Dreiecksverhältnis ist dabei der Sachverhalt nur insofern anders als im Zweierverhältnis als sich der Täter dort eines Helfers bedient. Bedenkt man, daß die "Selbstschädigung" wirtschaftlich und nicht rechtlich zu verstehen ist, wird die Grenze zwischen "Selbstschädigung" -§ 263- und "Fremdschädigung" -§ 242- im Dreiecksverhältnis exakt dadurch bestimmt, ob der Vermögensträger dem -später getäuschten- Dritten vor der Transaktion selbst "Rumpfgewahrsam" eingeräumt hat. Ist nämlich der Tatmittler mit Willen des Hintermannes "Rumpfgewahrsamsinhaber" geworden, "vertritt" er also diesen im"Rumpfgewahrsam", kann dieser sich - wie wir im Zweierverhältnis gesehen haben- allein durch Aktualisierung eines entsprechenden Herrschaftswillens zum Gewahrsamsinhaber aufschwingen und den Gewahrsam des Vermögensträgers aufheben, ohne

dabei selbst eigenmächtig, d. h. "fremdschädigend", tätig werden zu müssen.

Der Getäuschte kann danach bei Nichtidentität zwischen Getäuschtem und Geschädigtem im Dreiecksverhältnis verfügen, sofern er den Vermögensträger in dessen Vermögen "vertritt", er ihn wirtschaftlich "repräsentiert". Es muß also im Dreiecksverhältnis zumindest eine "relative wirtschaftliche Identität" gegeben sein - eine spezifisch wirtschaftliche Verfügungsgewalt.

Wenn der Getäuschte im Dreiecksverhältnis verfügt, überträgt er zweierlei auf den Täter: den eigenen "Rumpfgewahrsam", über den er disponieren kann, weil er selbst "Rumpfgewahrsamsinhaber" ist und den Gewahrsam des Hintermannes, den er betrugsrelevant aufheben kann, da er den Vermögensträger "wirtschaftlich vertritt". Und doch verfügt der Getäuschte allein zu Lasten des Hintermannes, denn einerseits ist der bloße "Rumpfgewahrsam" des Getäuschten noch nicht als eine verfügungsfähige Position zu betrachten [417], andererseits würde es an einer Irrtumsrelevanz fehlen - der getäuschte Dritte wird sich des Verlustes seines "Rumpfgewahrsams" stets bewußt.

Diese "Vertretung im Rumpfgewahrsam" wird dem Wesen beider Delikte - des Betrugs und des Diebstahls - gerecht, weil die erfaßten Sachverschaffungsvorgänge ihrem Unrechtsgehalt entsprechen zugeordnet werden.

Ihre Qualität als "Selbstschädigungen" des Vermögensträgers zeigen sich darin, daß bezüglich des "Rumpfgewahrsams" eine kontinuierlich auf den Vermögensträger zurückreichende Willensbildung feststellbar ist: Der "alte" Gewahrsamsinhaber schädigt sich "latent" "selbst", wenn er dem Dritten willentlich "Rumpfgewahrsam" einräumt und ihm damit die Gelegenheit bietet, an der überlassenen Sache voll-

417) Ohne einen entsprechenden Herrschaftswillen besitzt der "Rumpfgewahrsam" noch keinen Vermögenswert im Sinne des § 263: Wer keinen Herrschaftswillen aktualisiert, vermag selbst als "Rumpfgewahrsamsinhaber" keinen wirtschaftlichen Nutzen aus der Sache zu ziehen.

ständigen Gewahrsam zu konstituieren, ohne daß dieser noch "fremdschädigend" tätig werden und in die fremde Herrschaftssphäre eindringen müßte. Der Getäuschte nutzt seine Chance, Inhaber der wirtschaftlich wertvollen Stellung zu werden, zwar nicht für sich selbst, aber doch -wenn auch unbewußt- für den Täter, indem er diesem willentlich gibt, was er "relativ", nämlich bezogen auf den Vermögensträger, hat. Es handelt sich sozusagen um eine auf wirtschaftlich nutzbare Positionen bezogene "Drittzueignung": Der Getäuschte geriert sich -diese Parallele zur "Zueignungslehre" bietet sich an [418]- in übertragenem Sinne (unbewußt) als Gewahrsamsinhaber und Vermögensträger. Es kann nun aber keinen strafrechtlich relevanten Unterschied machen, in welcher Form der Dritte derivativ erwirbt, ob er sich den "Rumpfgewahrsam" an einer Sache im Zweierverhältnis "selbstschädigend" zuwenden läßt oder aber ob er im Dreiecksverhältnis einem anderen (dem Täter) die gleiche Möglichkeit eröffnet, damit dieser das von dem Tatmittler "Versäumte" nachholt und sich seinerseits zum Gewahrsamsinhaber aufschwingt. Wenn der -später getäuschte- Dritte im Zweierverhältnis in Konfrontation mit dem Vermögensträger einen Gewahrsamsverlust gegen dessen auf einen Erhalt seines Gewahrsams gerichteten Herrschaftswillen herbeiführen kann, ohne damit im Sinne des Diebstahls zu entwenden, muß er mit dem gleichen Effekt einen Gewahrsamswechsel im Dreiecksverhältnis zu Lasten des Vermögensträgers und zugunsten eines anderen -und sei es für den Täter- vornehmen können. Der Herrschaftswille des Vermögensträgers ist im Zweier- und im Dreiecksverhältnis gleich stark ausgeprägt: Erwirbt der Getäuschte im Dreiecksverhältnis derivativ "Rumpfgewahrsam", so muß das hierbei beobachtete Verhalten des Vermögensträgers -weil qualitativ gleich- die gleiche Beurteilung wie eine Vermögensverfügung des Vermögensträgers im Zweierverhältnis über eigenes Vermögen erfahren.

---

418) Auch derjenige Täter, der etwas entwendet, um es bloß einem anderen zuzuwenden, eignet sich im Sinne der Zueignungslehre etwas zu!

Dadurch daß der Hintermann den später getäuschten "Tatmittler" in die besondere strafrechtlich relevante Lage versetzt, ihn sozusagen strafrechtlich zu einer Vermögensverfügung im Sinne des Betrugs legitimiert, gibt er seinem Verhalten eine latente strafrechtliche Aussagekraft, die sich im Zeitpunkt der Vermögensverfügung durch den Mittler entfaltet: Er konstituiert die Grundlage für einen "Selbstschädigungsakt", den der Getäuschte durch seine Disposition vollendet.

Wird hingegen der "Rumpfgewahrsam" nicht derivativ erworben, muß also der Täter selbst oder aber mit Hilfe des Getäuschten in die Herrschaftssphäre des Vermögensträgers erst noch eindringen und "fremdschädigend" tätig werden, um die von ihm erstrebte wirtschaftlich vorteilhafte Position zu erreichen, ist § 242 einschlägig.

Fazit:

(1) Der Getäuschte kann eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 vornehmen, sofern er den Vermögensträger in seinem "Rumpfgewahrsam" "vertritt", das bedeutet, dieser ihm willentlich "Rumpfgewahrsam" eingeräumt hat.

(2) Bei derivativem Erwerb von Rumpfgewahrsam durch den Getäuschten liegt gleichzeitig ein einen Diebstahl ausschließendes "Einverständnis" mit der "Wegnahme" vor.

(3) Für den "Rumpfgewahrsamsbegriff" finden die im Zweierverhältnis erarbeiteten Grundsätze uneingeschränkt Anwendung.

II. Subjektive Voraussetzungen in der

1. Person des Getäuschten

Bei mangelnder Identität zwischen Getäuschtem und Geschädigtem muß der Getäuschte entsprechend den im Zweierverhältnis gewonnenen Erkenntnissen zumindest wissen, daß er den Vermögensträger in dessen "Rumpfgewahrsam" "vertritt", nämlich dieser ihm willentlich eine tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit konzediert hat und die Sache sich gleichzeitig noch in dem

Gewahrsam des Vermögensträgers befindet. Auch hinsichtlich dieses Rechtsinstituts ist jedoch lediglich eine Parallelwertung in der Laiensphäre zu verlangen.

2. Person des Vermögensträgers

Der Vermögensträger braucht sich nicht am Sachverschaffungsakt zu beteiligen und dementsprechend auch innerlich keinen Anteil daran zu nehmen.

III Konsequenzen

Die für die Entwendungen im Dreiecksverhältnis entsprechend den für das Zweierverhältnis entwickelten Grundsätzen konzipierte "Vertretung im Rumpfgewahrsam" vermeidet nicht nur die Inkonsequenz der herrschenden Meinung, im Zweierverhältnis auf einen sozialen, im Dreiecksverhältnis hingegen auf einen rein faktischen Gewahrsamsbegriff abzustellen, sondern ist auch von der Systematik der Vermögensdelikte her zu begrüßen, da eine exakte Scheidung der differenten Vermögensdelikte erreicht wird. In keinem denkbaren Sachverhalt kann es zu einer gleichzeitigen Erfüllung des Diebstahls- und Betrugstatbestands und somit zu einer Entscheidung über die Art der Strafbarkeit auf Konkurrenzebene kommen.

Die Beschränkung einer Strafbarkeit des Täters allein wegen Diebstahls oder aber Betrugs in den Fällen, in denen der Täter einen "Vertreter im Rumpfgewahrsam" mittels Täuschung zu einer ein fremdes Vermögen schädigenden Transaktion veranlaßt, entspricht zudem dem Unrechtsgehalt des Tatgeschehens: Dem Täter kann letzterenfalls, weil er keine fremden Gewahrsamsschranken zu überwinden braucht,um das erstrebte Vermögensobjekt aus dem fremden Herrschafts"verband" auszugliedern, kein typisches Wegnahmeunrecht mehr vorgeworfen werden.

IV. Das Dreiecksverhältnis in Beispielen

1. Entwendungen mittels Täuschungshandlungen

a) wenn der Vermögensträger eine entsprechende Transaktion bereits ein oder mehrere Male geduldet hatte

(1) Erwähnenswert ist insbesondere der bereits zitierte Sammelgaragen-Fall, der allgemein als die grundlegende zu dem Problemkreis der "faktischen Einwirkungsmöglichkeit" ergangene Entscheidung betrachtet wird. Der Bundesgerichtshof [419] hatte über folgenden Sachverhalt zu urteilen:

A unterhielt Beziehungen zu Frau W, die einen Personenkraftwagen besaß, der von ihr in einer parkhausähnlichen Sammelgarage untergestellt war. Die Tag und Nacht geöffnete Garage wurde von einem Pförtner, dem "Garagenwärter", beaufsichtigt. Dieser besaß einen zweiten Zündschlüssel, den er dem Berechtigten auf Anforderung gab. Einmal holte A das Fahrzeug der W mit deren Einverständnis aus der Garage ab. Mehrere weitere Male bemächtigte er sich des Wagens, ohne daß W zuvor eingewilligt hatte. Am 20. Mai 1961 ließ sich A das Auto ohne Wissen und Willen der W von dem Pförtner aushändigen und verschwand mit ihm.

Gribbohm [420] nimmt einen Betrug in Idealkonkurrenz, § 73, mit Diebstahl an, ein Ergebnis, das auch der Auffassung Schröders [421] zu derartigen Fallgestaltungen entspricht. So würde wohl auch Lenckner [422] entscheiden, der in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart beiläufig bemerkt: "Daß sich in diesen Fällen die Verfügung mit einer Wegnahme verbindet, ist nichts Außergewöhnliches, kommt diese Situation doch auch sonst vor, wie etwa gerade BGHSt 18/221 zeigt".

---

419) BGH St 18/S. 221 f.;

420) vgl. JuS 1964/S. 233 f.; seine dort vertretene Ansicht hat er allerdings später in NJW 1967/S. 1897 f. revidiert. Danach käme nach Gribbohm wohl nur noch eine Bestrafung des Täters ausschließlich wegen Betrugs in Betracht.

421) vgl. ZStW 60/S. 33 f.;

422) vgl. JZ 1966/S. 321;

Kohlhaas stimmt dem Bundesgerichtshof, der allein § 263 für erfüllt ansieht, in einer Anmerkung zu [423]: "Das Urteil des Senats führt zum einzig möglichen Ergebnis. Hätte der Täter den Wächter etwa getäuscht, es warte draußen jemand mit wichtiger Botschaft auf ihn, und hätte er dann die Abwesenheit des Wärters zur Wegnahme ausgenutzt, dann hätte Diebstahl trotz vorangegangener Täuschung vorgelegen. Wollte man dem Gedankengang der Strafkammer folgen (die Diebstahl angenommen hatte), so würde praktisch jeder Betrug im Rahmen der Miterbengemeinschaft der ehelichen Güterstände etc. zum Diebstahl, wenn das Einverständnis des einen Mitbeteiligten gegenüber dem anderen Verfügungsberechtigten vorgetäuscht würde..."

Dazu sei bemerkt, daß im Rahmen von Gemeinschaftsverhältnissen durchaus nicht immer die gleiche wirtschaftliche Situation wie im Sammelgaragen-Fall bestehen muß.

Otto [424] und Schünemann [425] gehen im Ergebnis mit dem Bundesgerichtshof konform. Otto hält für wesentlich, daß sich Frau W bereits vorher der Dienste des Garagenwächters bedient hatte. Deshalb müsse sich W seine Verfügung zurechnen lassen, denn der Pförtner habe bei dem erneuten Auftauchen des A glauben müssen, daß er wiederum mit Einverständnis der Frau W handelte, wenn er das Fahrzeug herausgäbe. Schünemann hält die Transaktion des Garagenwärters für durch eine "Duldungsvollmacht" gedeckt.

Der Standpunkt Maurachs läßt sich nicht ausmachen. Einerseits meint er in der 5. Auflage seines Lehrbuchs [426], der Bundesgerichtshof hätte zu Unrecht einen Betrug bejaht, andererseits stimmt er an anderer Stelle, wo er ausführlich den Sammelgaragen-Fall bespricht [427] dem Senat im Ergebnis in vollem Umfang zu, wobei er sich die Argumentation Ottos zu eigen macht.

Im Sammelgaragen-Fall befand sich der Garagenwärter in einer -ihm von dem Vermögensträger willentlich eingeräumten- Situation,

---

423) LM Nr. 35 zu § 242 StGB, Anmerkung zu dem Urteil vom 16. 1.1963;

424) ZStW 79/S. 81;

425) GA 1969/S. 55;

426) BT, § 38, II B,3a;

427) Fälle, S. 49 f., insbesondere S. 50;

welche es ihm erlaubte, allein durch Betätigung seines Herrschaftswillens [428] Gewahrsam an dem untergestellten Fahrzeug zu begründen: Zwar ordnete die Sozietät ihm keinerlei Herrschaftsmöglichkeit = "Rumpfgewahrsam" aufgrund einer geschützten "Raumsphäre" zu, denn es war für die Umwelt klar, daß die in der Sammelgarage befindlichen Kraftfahrzeuge nicht dem Inhaber der Sammelgarage oder aber dem Garagenwärter gehörten; der Pförtner hatte jedoch, da eine Kategorisierung nach Herrschaftssphären unmöglich war [429], aufgrund seiner physischen Möglichkeiten [430] "Rumpfgewahrsam" und dieser "Rumpfgewahrsam" war ihm auch von der Frau W einverständlich konzediert worden. Mithin war der Wärter als "Vertreter im Rumpfgewahrsam" in der Lage, eine Vermögensverfügung zu Lasten der W über deren Gewahrsam an dem Wagen zu treffen. Indem W ihr Fahrzeug dem Garagenwächter anvertraute, legitimierte sie jenen wirtschaftlich zu disponieren; sie versetzte den Garagenwärter in die spezifisch strafrechtliche Situation, die es ihm erlaubte, betrugswirksam tätig zu werden und legte damit ihrem Verhalten die "latente Aussage" bei, sie sei mit einem Verlust der tatsächlichen Herrschaftsmöglichkeit durch den Pförtner im Sinne des Wegnahmebegriffs des § 242 einverstanden. A brauchte infolgedessen weder selbst noch durch den Tatmittler eigenmächtig in die Herrschaftssphäre der W einzudringen, um einen "Rumpfgewahrsam" zu konstituieren.

Der Fall des "falschen Kommilitonen" stellt eine Abwandlung des von dem OLG Stuttgart entschiedenen Vermieterin-Falles dar:

---

428) sofern dem Wärter ein Herrschaftswille unterstellt werden kann, hat er sog. herkömmlichen untergeordneten Gewahrsam;

429) das Kraftfahrzeug befand sich nicht mehr in einer Herrschaftssphäre der Berechtigten und auch in keiner solchen des Garageninhabers oder Wärters;

430) als Besitzer von Fahrzeugschlüsseln hätte er, wenn er wollte, ohne weiteres die Garage mit dem Wagen verlassen können;

Der bei der Zeitschriftenhändlerin Z zur Untermiete wohnende Jurastudent J hatte sich einen teuren juristischen Kommentar vom Munde abgespart. Gefällig, wie J ist, hatte er schon mehrmals Kommilitonen, die ihn in der Universität auf den Kommentar ansprachen, seine Ausleihung gestattet. In diesen Fällen waren dann die Kommilitonen zu der Z hinausgefahren und hatten ihr von J bestellt, sie möge den Kommentar aus dessen Zimmer holen und ihnen aushändigen, was die Z dann auch tat. Der Gauner G, der davon gehört hat, beschließt sich dies zunutze zu machen. Als J in der Universität ist, sucht er die Z auf und gibt sich als ein Kommilitone aus, dem J die Ausleihung des Kommentars gestattet habe. Die arglose Z holt daraufhin den Kommentar aus dem Bücherregal des J und händigt ihn dem G aus 431).

Roxin/Schünemann [432] bejahen in der Lösung dieses als Übungsklausur vorgesehenen Falles einen Betrug zu Lasten des J durch eine Verfügung der Z. Für wesentlich wird gehalten, "daß die Z schon mehrfach den Kommentar an ihr unbekannte Kommilitonen des J herausgegeben hatte, ohne daß J dies später beanstandete. Damit hatte er der Z konkludent gestattet, das Buch an alle Personen herauszugeben, die eine von J erteilte Ausleihberechtigung vorgaben. Die Situation ist insoweit mit der zivilrechtlichen Figur der sog. Duldungsvollmacht zu vergleichen: J duldete das Verhalten der Z und brachte dadurch konkludent sein Einverständnis zum Ausdruck. Daß diesmal mit G ein falscher Kommilitone bei der Z auftauchte, änderte an ihrer Verfügungsmacht nichts, da sie das Buch ja auch in den früheren Fällen auf die bloße Behauptung hin, zur Ausleihung berechtigt zu sein, hatte übergeben dürfen, ohne zu einer Nachprüfung der Legitimation verpflichtet zu sein. Im vorliegenden Fall hielt sich die Z daher völlig im Rahmen der von J erteilten Verfügungsmacht".

Eine gleichzeitige Erfüllung des Diebstahlstatbestandes scheidet nach Roxin/Schünemann [433] aus, weil "die richtig verstandene Gewahrsamsverfügung .... rechtliche Wirksamkeit gegenüber dem Gewahrsamsinhaber voraussetzt (und deshalb) ... das Gegenteil des Gewahrsamsbruchs dar(stellt), so daß sich die beiden Begriffe gegenseitig ausschließen" 434).

Maßgeblich für einen im Zeitpunkt der Transaktion bestehenden "Rumpfgewahrsam" ist, inwieweit J eine Herrschaftsmöglichkeit

---

431) Teil eines Klausurtextes - s. Roxin/Schünemann, JuS 1969/ S. 372;

432) aaO., S. 372 f., insbesondere S. 374 - 375;

433) aaO., S. 375 - 376;

434) aaO., S. 376;

über den Kommentar erlaubt hatte. Die von Roxin/Schünemann für bedeutungsvoll erachtete "Ausleihberechtigung" ist mittelbar insofern relevant, als darin zum Ausdruck kommt, daß Z den Kommentar [435] aus der geschützten Raumsphäre des J herausnehmen und daher zumindest "Rumpfgewahrsam" kraft ihrer physischen Möglichkeiten [436] begründen durfte [437]. Die Z wurde deshalb jedoch nicht als Tatmittler eines Diebstahls tätig sondern verfügte gemäß § 263 zu Lasten des J [438].

b) wenn keine gleichgeartete Transaktion vorausgegangen war

(1) Das Oberlandesgericht Köln [439] verurteilte den Täter aufgrund des nachfolgenden Sachverhalts wegen eines versuchten Diebstahls, §§ 242, 43, in Tateinheit, § 73, mit vollendetem Betrug, § 263:

Der Täter wurde bei dem Versuch, ein Damenfahrrad auf einem bewachten Parkplatz zu entwenden, von dem Parkplatzwächter entdeckt. Dieser erkannte den Täter, ließ ihn schließlich doch auf dessen Erklärung hin, er habe den Aufbewahrungsschein für das Fahrrad verloren, mit dem Fahrrad fortgehen.

Der Senat sieht den versuchten Diebstahl darin, daß der Täter zunächst vergeblich bemüht war, den Gewahrsam des Parkwächters zu brechen. Dieses rechtlich eindeutige Stadium der Tat soll im

---

435) Einerlei zu welchem Zweck!

436) unter Umständen sogar aufgrund sozialer Zuordnung, denn die Sozietät könnte außerhalb der vermieteten Räume eine Körpersphäre der Z akzeptieren;

437) ein bloßes Anfassen des Kommentars beim Staubwischen beispielsweise hätte nicht ausgereicht, weil die sozialen Anschauungen in den untervermieteten Räumlichkeiten wegen der besonderen Art des Buches wohl nicht zugunsten der Z sprechen würden;

438) Schröder -vgl. ZStW 60/S. 77 f.; Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 140 -und Lenckner- vgl. JZ 1966/S. 321 - würden für den Fall des falschen Kommilitonen wohl zu einer Idealkonkurrenz, § 73, zwischen Betrug und Diebstahl gelangen;

439) MDR 1966/S. 253;

folgenden außer acht gelassen werden. Das darauf folgende Geschehen qualifiziert der Senat als Betrug: Der Täter veranlaßte den Wächter zu einer Vermögensverfügung, indem er diesen dazu brachte, ihn mit dem Fahrrad ziehen zu lassen. Ein Gewahrsamsbruch gegenüber dem Eigentümer des Fahrrades, wie insbesondere die Frage, ob der Eigentümer auch während der Aufbewahrungszeit noch Gewahrsam an dem Fahrrad hatte, wird von dem OLG Köln nicht diskutiert.

Otto [440] plädiert für eine Bestrafung des Täters ausschließlich wegen Betrugs mit der Begründung, daß der Parkplatzwächter "subjektiv genauso (handelte), wie es der Berechtigte erwartete". Unter diesen Umständen sei ein Diebstahl ausgeschlossen:"Räumt er nämlich dem Gewahrsamshüter Mitgewahrsam ein mit der Bestimmung, daß dieser Mitgewahrsam auf ihn wieder zurückübertragen werde, sobald er dies fordere, so kann die Gewahrsamsübertragung durch den Gewahrsamshüter, der glaubt, den Berechtigten vor sich zu haben, nicht als Gewahrsamsbruch gewertet werden."

Auch Maurach [441] -jedoch ohne eine nähere Begründung- stimmt dem OLG Köln zu.

Ob der Eigentümer des Fahrrades noch Gewahrsam an dem in Verwahrung gegebenen Fahrrad hatte, ist fraglich, letztlich aber wohl doch anzunehmen, weil der Berechtigte das Fahrrad jederzeit erhalten konnte, falls er den Quittungszettel vorwies.

Im übrigen liegt im 2. Tatkomplex eine wirtschaftlich dem Sammelgaragen-Fall vergleichbare Sachlage vor. Der Parkplatzwächter besaß aufgrund seiner "faktischen Möglichkeiten" "Rumpfgewahrsam", denn eine Korrektur nach den sozialen Anschauungen scheidet aus, da das Fahrrad im Zeitpunkt der Transaktion keiner geschützten Herrschaftssphäre der Beteiligten angehörte.

Auch hier kommt also eine Betrafung des Täters nur wegen Betrugs, nicht aber gemäß § 242 in Betracht. Der Täter veranlaßte den

---

440) ZStW 79/S. 81 - 82;

441) BT, § 26 III B 1;

Parkplatzwächter zu einer Disposition über den Gewahrsam des Berechtigten an dem Fahrrad mittels Täuschungshandlung, ohne daß noch fremde Herrschaftsschranken zu überwinden gewesen wären.

(2) Der vielzitierten in JR 1966/S. 29 abgedruckten Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die A suchte die Vermieterin der P, die E, auf und erzählte ihr wahrheitswidrig, sie sei von P zur Empfàngnahme der Kraftfahrzeugschlüssel ihrer Untermieterin ermächtigt worden. Die E glaubte ihr und gab die Schlüssel heraus. Den Wagen brachte A am folgenden Abend zurück.

Während Dreher [442] auf einen Betrug erkennt, stimmt Lenckner [443] dem Senat, der § 248 b angewandt hatte [444] zumindest im Ergebnis zu.

Dreher meint, daß der Vermieter-Fall dem Sammelgaragen-Fall parallel liege. Die Vermieterin habe eine Vermögensverfügung treffen können, weil diese im Einverständnis mit ihrer Mieterin einen Schlüssel zu deren Zimmer besessen hätte.

Lenckner argumentiert: Ein Betrug scheitere daran, daß die Zimmerwirtin nicht im "Lager" der Geschädigten P gestanden habe. Eine Verfügung wäre nur zu bejahen gewesen, wenn die Vermieterin mit den Sachen der Untermieterin in irgendeiner Weise zu tun gehabt hätte.

Otto [445] hält für entscheidend, ob der Vermieterin der Aufenthaltsort der Schlüssel "ohne weiteres zugänglich war", die Täterin davon "wußte" und darüberhinaus zwischen den Mietparteien ein "freundschaftliches Verhältnis", denzufolge kleine Gefälligkeiten zwischen den Parteien üblich gewesen wären, herrschte. In diesem Fall hätte die Vermieterin annehmen dürfen und müssen, daß sie zur Übertragung des Gewahrsams an den Schlüsseln "befugt" gewesen

442) vgl. JR 1966/S. 29 f.;
443) JZ 1966/S. 321 f.;
444) JR 1966/S. 29;
445) ZStW 79/S. 82;

sei [446].

Schünemann [447] geht mit dem Oberlandesgericht Stuttgart im Ergebnis konform: Die Vermieterin habe nicht verfügen können, weil sie von ihrer Untermieterin nicht "ermächtigt" worden sei. Das Mietverhältnis enthalte keine "Ermächtigung zu Gewahrsamsverfügungen" [448] [449].

Einer Vermieterin wird erfahrungsgemäß von Untermietern eine gewisse Einwirkung auf die in dem von der Untermieterin bewohnten Zimmer befindlichen Sachen gestattet werden [450], sofern sie den Raum zum Staubwischen und Ordnung schaffen betreten darf. Daß E die P in deren "Rumpfgewahrsam" an den Kraftfahrzeugschlüsseln "vertreten"konnte, folgt daraus jedoch noch nicht.

P verlor auch während ihrer Abwesenheit nicht den Gewahrsam an den in dem gemieteten Zimmer liegenden Schlüsseln. Diese blieben in ihrer geschützten "Raumsphäre". Sobald die Vermieterin die Schlüssel jedoch an sich nahm, billigte die Sozietät ihr "Rumpfgewahrsam" kraft "Körpersphäre" zu [451]. Die "Körpersphäre" der E ging der "Raumsphäre" der Untermieterin als speziellere vor.

---

446) eine abweichende Beurteilung wäre nach Otto, aaO., nur dann geboten, falls die Vermieterin ohne Wissen der Mieterin einen 2. Schlüssel für das Zimmer gehabt hätte;

447) GA 1969/S. 55;

448) ein Betrug hätte nach Schünemann, aaO, vorgelegen, wenn die Untermieterin die Zimmerwirtin beauftragt hätte, denn unter diesen Voraussetzungen hätte von einer "Anscheinsvollmacht" gesprochen werden können;

449) Maurach, BT, § 38 II B 3 a, stimmt dem OLG Stuttgart ohne Begründung zu;

450) es kommt aber auf den konkreten zu beurteilenden Sachverhalt an ;

451) weil die Sozietät nicht zu entscheiden vermag, ob es tatsächlich die Berechtigte ist, die sich in den betreffenden Räumlichkeiten aufhält - eine Vermieterin oder aber Untermieterin wird nicht durch Kleidungsstücke oder sonstige Merkmale typisiert; anders wäre es beispielsweise in einer Gaststätte bzw. in einem Juwelierladen, wo sich in aller Regel nur der Gastwirt bzw. der Juwelier oder einer seiner Angestellten hinter dem Biertresen bzw. Ladentisch aufhalten.

"Eine Vertretung im Rumpfgewahrsam" scheitert aber daran, daß P der E den "Rumpfgewahrsam" nicht willentlich konzediert hat, denn das für die Erfüllung ihrer Vermieterpflichten nicht gebotene Befassen und Ergreifen der Zündschlüssel hätte P nicht erlaubt.

Im Ergebnis wird also dem Oberlandesgericht Stuttgart und Lenckner, die eine Betrugsstrafbarkeit ausschließen und für eine Bestrafung gemäß § 248 b plädieren, zuzustimmen sein.

(3) Im Amtsrichter-Fall [452] erscheinen während einer Sitzung des Amtsgerichtsrats A und B im Sitzungssaal. Sie bitten den Richter um die Erlaubnis, die defekte Uhr von der Wand nehmen zu dürfen. Um A und B ihr Vorhaben zu ermöglichen, unterbricht er die Sitzung.

In der Besprechung dieses Falles entscheidet sich Otto [453] gegen eine Strafbarkeit von A und B wegen Betrugs: Der Richter sei durch den Justizfiskus weder "bevollmächtigt" gewesen, über Einrichtungsgegenstände zu verfügen, noch habe "ihm die Verwaltung eine Stellung eingeräumt, aufgrund deren sie sich bei Verfügungen über die Gegenstände innerhalb ihres Bereichs der Hilfe des R (scil. des Amtsgerichtsrats) zu bedienen pflegte. Auch R hätte sich entschieden gegen eine solche Einschätzung seiner Stellung gewehrt". Deshalb habe in der Gestattung des Amtsrichters, die Uhr wegzunehmen, lediglich sein Einverständnis gelegen, die Unterbrechung der Sitzung zu dulden.

Die Uhr befand sich nach den sozialen Anschauungen nicht in einer "Raumsphäre" des Amtsrichters. Zwar war es dem Amtsrichter als Inhaber des Hausrechts vom Justizfiskus ermöglicht, sich jederzeit Zutritt zu den Gerichtsräumen zu verschaffen, die Sozietät weiß aber, daß die in den Räumen befindlichen Einrichtungsgegenstände dem Justizfiskus und nicht dem Amtsrichter persönlich zuzurechnen sind.

Andere normative Gesichtspunkte sprechen letztlich jedoch <u>für</u> eine "Vertretung im Rumpfgewahrsam" und damit -entgegen Otto - für eine "Verfügungsmacht" des Amtsrichters.

---

452) vgl. Otto, aaO., S. 83;

453) aaO., S. 84;

Der Justizfiskus würde -davon wollen wir mangels entgegengesetzter Angaben im Sachverhalt ausgehen- billigen, daß der Amtsrichter eine defekte Uhr von der Wand nimmt und reparieren läßt, er sie also -wenn auch vielleicht nur zu besonderen Zwecken- aus der "Raumsphäre" des Fiskus [454] in seine "Körpersphäre" überführt: Außerhalb des Gerichtsgebäudes würde der Amtsrichter von der Umwelt als Berechtigter der Uhr angesehen und daher auch mit Einverständnis des Fiskus "Rumpfgewahrsamsinhaber".

Der Amtsrichter hat also nicht -wie Otto meint- als Tatmittler eines Diebstahls "weggenommen" sondern eine Verfügung im Sinne des § 263 getroffen.

(4) Interessant ist auch der Pelz-Fall, der eine Variante des von Schober [455] konstruierten Dienstmädchen-Falles darstellt:

E fährt in Winterurlaub. Auf dem Weg zum Bahnhof ärgert er sich im Taxi laut darüber, seine Pelzmütze vergessen zu haben. Dem Taxifahrer kommt die Idee sich das Gehörte zunutze zu machen und sich die Mütze zu verschaffen.
Nachdem er den E am Bahnhof abgesetzt hat, fährt er zur Wohnung des E zurück und spiegelt dessen Wirtschafterin vor, er sei von E geschickt worden, dessen Mütze abzuholen. Die arglose W übergibt T die Pelzmütze 456).

Für dieses Beispiel nimmt Schröder eine Idealkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug an [457] [458].

---

454) für den Justizfiskus sind selbstverständlich die maßgeblichen natürlichen Personen berufen;

455) S. 31;

456) vgl. Schröder, ZStW 60/S. 78 - 79;

457) aaO., S. 81;

458) Zu diesem Ergebnis würden für den zu beurteilenden Fall wohl auch Lenckner (JZ 1966/S. 321) und Weingart (S. 81) gelangen. In einem vergleichbaren Fall, in dem ein Dienstmädchen nicht ausdrücklich instruiert worden war, nichts herauszugeben, plädiert Otto (ZStW 79/S. 84) für eine Strafbarkeit ausschließlich wegen Betrugs, da "derartige Handlungen nicht vollkommen außerhalb des üblichen Aufgabenbereichs" lägen.

Obgleich die Wirtschafterin während der Abwesenheit des E in dem Hause schalten und walten konnte wie sie wollte, werden ihr doch die im Hause liegenden Sachen entsprechend dem Amtsrichter-Fall nicht nach den sozialen Anschauungen zugeordnet.

An eine "Vertretung im Rumpfgewahrsam" könnte aber gedacht werden, da ihr gestattet gewesen sein wird, gewisse dem E gehörende Sachen auch während dessen Abwesenheit aus der "Raumsphäre" des E in ihre "Körpersphäre" zu bringen - verschmutzte Kleidungsstücke, die zum Zwecke der Reinigung außer Haus geschafft werden müssen oder etwa instandzusetzende Schuhe. Wie es sich allerdings mit einer "Vertretung im Rumpfgewahrsam" hinsichtlich der Pelzmütze verhält, kann aufgrund des knappen Sachverhalts nicht abschließend konstatiert werden. Maßgeblich ist, welche Weisungen der W generell oder konkret in bezug auf die Mütze erteilt worden sind. Regelmäßig wird in Fällen wie dem obigen eine "Vertretung im Rumpfgewahrsam" zu verneinen sein und daher eine Strafbarkeit ausschließlich gemäß § 242 in Betracht kommen.

(5) Otto [459] konstruiert den Fall des Lobbyisten: Der Lobbyist hatte in seinem Schreibtisch einen Fonds für besondere Gelegenheiten. Dieses weiß H, die Hausgehilfin, jedoch auch der Täter, der sich sein Wissen zunutze machen will. Er erscheint eines Tages mit einer Visitenkarte des L bei der H, auf der "dieser" seinem Hausmädchen mitteilt, sie möge dem A den Fonds aushändigen. A hatte die Visitenkarte gefunden und den Text geschickt gefälscht. H erkennt die Fälschung nicht und gibt den Fonds heraus.

Otto hält den Betrugstatbestand für erfüllt, "wenn die H ohne Mühe Zugang zu dem Fonds hatte, wußte, wo sich dieser befand und nicht ausdrücklich Weisung hatte, nichts herauszugeben".

Dieses Resultat läßt sich schwerlich mit dem Grundsatz Ottos [460], eine Person sei stets nur dann verfügungsberechtigt, sofern sie sich "subjektiv innerhalb des Rahmens ‚... den (ihr) ... der Berechtigte objektiv eingeräumt hat", hält, vereinbaren. Objektiv

459) aaO., S. 84;

460) aaO., S. 84;

hat nicht L, sondern der Täter der H die "Befugnis" konzediert. L hätte sich unter Umständen schon die bloße Berührung des Fonds ohne eine ausdrückliche Erlaubnis verbeten, denn Handlungen in diesem rein persönlichen Bereich sind Dienstboten regelmäßig verwehrt. Ob die H den "Rahmen der Verfügungsgewalt, mit dem ... (sie) durch den Berechtigten ausgestattet worden" war, eingehalten hat, ist daher zu bezweifeln und wohl zu verneinen. Nach dem Sachverhalt wird es infolgedessen auch an einer "Vertretung im Rumpfgewahrsam"fehlen [461]. Unwesentlich ist, ob der H eine tatsächliche Einwirkung ausdrücklich untersagt worden war, L muß mit einer Herrschaftsmöglichkeit einverstanden gewesen sein. Es kommt auch nicht, wie Otto meint, darauf an, inwieweit "die H ohne Mühe Zugang zu dem Fonds hatte", sondern darauf, ob H den Fonds nicht nur tatsächlich befassen, ergreifen o. ä., sondern darüberhinaus aus der geschützten "Raumsphäre" des L herausnehmen "durfte".

Deshalb wird man im Lobbyisten-Fall entgegen Otto den Diebstahls- und nicht den Betrugstatbestand als erfüllt ansehen müssen [462].

Fazit:

(1) Unerheblich ist, ob der getäuschte Tatmittler die von dem Täter erstrebte Sache vor der maßgeblichen Transaktion bereits einmal oder aber mehrfach herausgeben"durfte" bzw. herausgegeben hat (so im Sammelgaragen-Fall und im Beispiel vom "falschen Kommilitonen") oder nicht (so im Fahrrad-, Amtsrichter-, Pelz- oder Vermieterin-Fall).

(2) Auch ist erhellt, daß die herkömmliche Gewahrsamsterminologie für die Abgrenzung der Vermögensdelikte im Dreiecksverhältnis keine Bedeutung gewinnt. Sowohl ein Inhaber untergeordneten Gewahrsams (Garagenwächter, Wirtschafterin) als auch jemand, der gleichrangigen Gewahrsam besitzt (Fahrradwächter) kann wie auch

461) Wertgegenstände werden in der Regel besonders verwahrt, um die geringste Einwirkung Fremder zu verhindern!

462) das ist letzlich allerdings eine Frage des konkreten Einzelfalles, die aufgrund des zitierten Sachverhalts nicht abschließend beurteilt werden kann;

ein Nichtgewahrsamsinhaber (Amtsrichter, Vermieterin) im Sinne des § 263 verfügen, sofern ihm nur vom Vermögensträger ein "Rumpfgewahrsam" eingeräumt worden ist, er also jenen "wirtschaftlich repräsentiert".

(3) Das Vorliegen einer "wirtschaftlichen relativen Identität" gibt den Ausschlag, nicht aber, daß der Tatmittler sich wegen irgendwelcher Umstände subjektiv für "befugt" halten durfte (vgl. den Vermieterin-Fall).

(4) Ein etwa erteiltes ausdrückliches Verfügungsverbot ändert nichts an der "Verfügungsfähigkeit", wenn nicht gleichzeitig die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Tatmittlers derart beschnitten werden, daß die Sozietät keinen "Rumpfgewahrsam" mehr akzeptiert.

2. Entwendungen ohne Täuschungshandlungen

Eine wertvolle Erstausgabe eines Buches gehört A und B, die zusammen ein Appartement bewohnen. Mit Einverständnis des verreisten B, aber ohne Wissen des A, der -wie X weiß- das Buch unter keinen Umständen entbehren möchte, nimmt X das Buch bei einem Besuch unbemerkt an sich, versteckt es in seiner Kleidung und verschwindet später damit aus der Wohnung.

Wenn mehrere Personen an einer Sache Gewahrsam haben, braucht der Täter sich, um einer Bestrafung wegen Diebstahls zu entgehen, prinzipiell nicht des Einverständnisses aller Gewahrsamsinhaber zu vergewissern. Es genügt, wenn er einen "Vertreter im Rumpfgewahrsam" -dem der "Rumpfgewahrsam von sämtlichen Vermögensträgern eingeräumt worden ist- dazu bringt, ihm "Rumpfgewahrsam" zu konzedieren. Im Beispielsfall begeht X daher nur eine Unterschlagung.

Für den Fall, daß etwa einer der Vermögensträger nicht mit dem "Rumpfgewahrsam" des die Transaktion billigenden "Rumpfgewahrsamsinhabers" einverstanden war, bricht der Täter den Gewahrsam dieses Gewahrsamsinhabers und begeht ihm gegenüber einen Diebstahl, der mit den gegenüber den übrigen Gewahrsamsinhabern begangenen Unterschlagungen in Idealkonkurrenz steht.

3. Entwendungen mit Hilfe eines Finders

(1) Das Bayerische Oberste Landesgericht [463] hatte den Finder-Fall (I) zu beurteilen:

In einem Straßenbahnwagen kam es zwischen A und F zu einer Auseinandersetzung, in deren Verlauf die Armbanduhr des F zu Boden fiel. Als A an der nächsten Haltestelle wegen seines ungebührlichen Benehmens aus der Straßenbahn entfernt wurde, reichte D, ohne daß F es wahrnahm, die Uhr aus dem Wagen und fragte den A, ob sie ihm gehöre. A nahm die fremde Uhr an sich, um sie für sich zu behalten.

Der Senat hielt den A eines Betrugs für überführt. Zu wessen Lasten der Betrug begangen wird, geht aus der Argumentation nicht ganz eindeutig hervor [464].

Gegen die Entscheidung des BayObLG opponiert Otto [465]. Er lehnt einen Betrug ab und hält dafür einen Diebstahl für gegeben [466]. Maurach [467] gibt dem BayObLG ohne Einschränkung -aber auch ohne jegliche Begründung- Recht.

463) GA 1964/S. 82 f;

464) In den Gründen heißt es: D hatte"mindestens Mitgewahrsam (gegebenenfalls mit dem noch in der Straßenbahn befindlichen Eigentümer F). Infolgedessen war ... (er) in der Lage, in tatsächlicher Hinsicht wirtschaftlich über die Uhr zu verfügen." (aaO., S. 83) Diese Ausführungen sprechen eigentlich mehr für die Annahme einer Vermögensverfügung des D über eigenes Vermögen, nämlich seinen Mitgewahrsam an der Uhr. In einem Halbsatz am Ende der Gründe stellt der Senat dann aber schließlich doch klar, daß D zu Lasten des Eigentümers F disponiert.

465) aaO., S. 66;

466) Die wenig überzeugende und missverständliche Argumentation des Senats bringt Otto dazu, dem Senat zu unterstellen, er habe den Betrug mit einer Vermögensverfügung des D über eigenes, nicht aber über fremdes Vermögen begründen wollen.

467) vgl. BT, § 38 II B 3a; für die Annahme Ottos -aaO., FN 24-, Maurach würde den Sachverhalt abweichend interpretieren und davon ausgehen, daß D die Uhr bereits eingesteckt hatte, ist kein Anhaltspunkt ersichtlich !

(2) Über den Finder-Fall (II) hatte das OLG Hamm zu entscheiden [468]:

Die M hatte in einem Selbstbedienungsladen auf einer Ablage am Kassentisch eine Geldbörse liegenlassen und das Geschäft verlassen. Eine andere Kundin B bemerkte die Geldbörse und fragte die A, die gerade eingekaufte Ware in ihre Tasche packte, ob die Geldbörse ihr gehöre. A bejahte und K legte die Börse wieder auf den alten Platz zurück. Anschließend nahm A die Geldbörse an sich und verließ damit das Geschäft. Die Kassiererin, die berechtigt war, Fundsachen an die Berechtigten wieder auszuhändigen, hatte den Vorgang aus unmittelbarer Nähe miterlebt.

Der Senat prüft, ob A die Geldbörse durch Betrug erlangt hat, verneint dies mangels eines Gewahrsamsübertragungswillens und entscheidet sich für einen Diebstahl. Ob die Verliererin an der Geldbörse noch Gewahrsam hatte, läßt das Oberlandesgericht Hamm offen. Bezüglich der "Verfügungsgewalt" findet sich folgender Satz: "Die Kassiererin wäre also als (Mit-)Gewahrsamsinhaberin oder als Beauftragte des (Mit-)Gewahrsam ausübenden Ladeninhabers oder als die den Gewahrsam für die Eigentümerin tatsächlich Ausübende in der Lage gewesen, den Gewahrsam an der Geldbörse auf die Angeklagte zu übertragen" 469).

Eine Vermögensverfügung zu wessen Lasten der Senat geprüft hat, bleibt nahezu im Dunkeln. Zwar vermerkt der Senat, daß K keine Verfügung "zum Nachteil der wahren Eigentümerin" vorgenommen hat, die nachfolgenden Ausführungen erwecken jedoch den Anschein, als sei ein Betrug unter dem Aspekt einer Vermögensverfügung über eigenes Vermögen erfolgt: "Sie (K) kann unter diesen Umständen gar nicht angenommen haben, Finderin einer verloren gegangenen Sache zu sein, daran eigenen Gewahrsam begründet und den Gewahrsam aufgrund der Erklärung der Angeklagten wieder auf diese als vermeintliche Eigentümerin zurückübertragen haben" 470).

Die von dem Oberlandesgericht Hamm getroffene Entscheidung bekämpfen Bittner [471] und Wedekind [472].

---

468) NJW 1969/S. 620 f.;

469) aaO., S. 620;

470) aaO., S. 621;

471) vgl. MDR 1970/S. 291 f.;

472) vgl. NJW 1969/S. 1128 f.;

Bittner [473] hält allein eine Bestrafung der Täterin wegen Unterschlagung, § 246, für gerechtfertigt: Da an der Geldbörse kein Gewahrsam bestanden habe, sei eine Wegnahme "schlechterdings" unmöglich gewesen und damit die Annahme eines Diebstahls verfehlt. Für einen Betrug zum Nachteil der M durch eine Verfügung der Kassiererin mangele es an der "Unmittelbarkeit", da "die Kassiererin mangels eines konkreten Herrschaftswillens lediglich ihren Gewahrsam verloren und dadurch A die Möglichkeit gegeben hat, den Vermögensschaden der M durch eine weitere deliktische Handlung" - Unterschlagung kommt in Betracht - herbeizuführen.

Einen Betrug zu Lasten der M durch eine Verfügung der K glaubt Bittner ablehnen zu müssen, "weil die K in einem nur oberflächlichen Verhältnis zu dem Objekt der Verfügung stand".

Auch gegenüber der Kassiererin sei § 263 nicht erfüllt: Die Kassiererin habe nicht verfügt, weil sie durch ihr Verhalten keinen Vermögensschaden erlitten habe [474].

In welchem Verhältnis die K als Vermögensfremde zu dem betroffenen Vermögensobjekt hätte stehen müssen, um verfügen zu "können" wird nicht gesagt. Daß für eine "Verfügungsmacht" des Getäuschten ein bloß "oberflächliches Verhalten" zu der betreffenden Sache nicht genügt, hätte an sich keiner besonderen Erwähnung bedurft.

Wedekind verficht in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm die Ansicht, A habe sich im Finder-Fall (II) eines Betrugs strafbar gemacht.

Eine Vermögensverfügung zu Lasten der Berechtigten wird allerdings nicht diskutiert.

Welzel [476] geht mit dem Oberlandesgericht Hamm konform: "wer erfolgreich eigenen Gewahrsam vorspiegelt, veranlaßt nicht eine Vermögensverfügung des Getäuschten, sondern die Duldung der Wegnahme".

Auch Schröder [477] teilt die Senatsmeinung.

473) aaO., S. 293;

474) aaO., S. 292 - 293;

475) NJW 1969/S. 1128 f.;

476) Lb. [11], § 54, 3;

477) vgl. Schönke-Schröder, § 263, Rdn. 43;

Regelmäßig wird ein Finder durch den Akt des Findens eigenen Gewahrsam an der verlorenen Sache begründen und infolgedessen eine Vermögensverfügung über ein "eigenes" Vermögensobjekt zu seinem eigenen Nachteil treffen können. Für die im Rahmen dieser Arbeit interessierende Frage, ob der Finder "Verfügungsmacht" besitzt, auch eine Vermögensverfügung über fremden Gewahrsam -also im Dreiecksverhältnis- vorzunehmen, kommt es darauf an, ob dem Finder willentlich von dem Verlierer = Vermögensträger ein "Rumpfgewahrsam" an der verlorenen Sache konzediert worden ist.

Gerade die Gewahrsamsverhältnisse sind in den Finder-Fällen besonders problematisch. Nur selten wird der Verlierer einer Sache -etwa, sofern der Verlust sich in seinen eigenen Räumlichkeiten ereignet - noch die tatsächliche Herrschaft ausüben können [478]. So kann denn auch nicht abschließend beurteilt werden, ob F bzw. M an der verlorenen Uhr bzw. Geldbörse noch Gewahrsam hatte. Es hätte dazu einer genauen Beschreibung der Örtlichkeiten bedurft [479]. Um die in den Finder-Fällen auftauchende weitere Problematik zu erhellen, wollen wir trotz unserer Bedenken von einem Gewahrsam der Verlierer, über den von den Findern hätte verfügt werden können, ausgehen [480].

In Finder-Fällen gilt es unabhängig von den beiden zitierten Beispielen danach zu differenzieren,

---

478) Die Diskussion der "Verfügungsmacht" in den Finder-Fällen ist deshalb mehr von theoretischem Interesse. Welzel, Lb 11, S. 348, verneint sogar ausnahmslos einen Gewahrsam an verlorenen Sachen. Diese Meinung wird im Einzelfall mit den tatsächlichen Gegebenheiten kollidieren.

479) Daß die Uhr in einem "abgeschlossenen Raum" - der Straßenbahn- und die Geldbörse im Kaufhaus verloren wurde, spricht lediglich in geringem Maße für einen noch bestehenden Gewahrsam der Verlierer, da es sich nicht um "ihre" Räumlichkeiten handelt.

480) Häufig wird eine Betrugsstrafbarkeit auch an einem Vorsatz bezüglich der "Vertretung im Rumpfgewahrsam" scheitern. Ein Nachweis wird regelmäßig schwerlich möglich sein.

(1) ob der Vermögensträger den Verlust der Sache noch nicht bemerkt hat.

Unter diesen Umständen kann der Verlierer noch nicht wollen, daß die konkrete Sache gefunden, also gerade an ihr "Rumpfgewahrsam" begründet wird.

(2) ob der Vermögensträger den Verlust zwar bemerkt hat, ihm jedoch der Finder - somit die konkrete Person, auf die sich sein Wille beziehen soll - unbekannt ist.

(3) ob darüberhinaus auch der Finder dem Verlierer bekannt ist.

Eindeutig ist nach den bisher erarbeiteten Kriterien eine "Verfügungsmacht" des Finders in Fallgruppe (3) feststellbar. Dem Finder wird ein "Rumpfgewahrsam" auch hier zwar nicht von dem Verlierer "übertragen". Er wird aber - und das ist wesentlich- noch rechtzeitig, dh. vor der täuschungsbedingten Transaktion von dem Verlierer gebilligt, weil er von diesem seine Sache zurückhaben möchte. In Fallgruppe (2) hingegen ist der Wille nicht genügend konkretisiert, in Fallgruppe (1) überhaupt nicht vorhanden. Man könnte nun argumentieren, ein jeder Verlierer hege den Wunsch, seine verlorene Sache zurückzuerhalten. Aufgrund dieses Erfahrungssatzes liege sozusagen latent ein auf die Einräumung vom "Rumpfgewahrsam" gerichteter Wille eines jeden Verlierers vor. Damit würde jedoch der gewonnene Ansatz zugunsten einer bloßen Fiktion aufgegeben, da der Verlierer objektiv keinen positiven Willen entwickelt hat [481].

Weder die Kassiererin oder die Kundin B im Finderfall (II) noch der D im Finderfall (I) haben danach als "Vertreter" im Rumpfgewahrsam Vermögensverfügungen über fremden Gewahrsam treffen können.

In Betracht kommt somit in den Finderfällen (I und II) aufgrund der "Rumpfgewahrsamskonzeption", da die Verlierer jedenfalls kein eine "Wegnahme" ausschließendes Einverständnis erteilt

481) Es kann mithin nur derjenige strafrechtlich wollen, der auch die Vorstellung hat, eine Sache verloren zu haben.

haben, eine Bestrafung der Täter wegen eines Zueignungsdelikts. Ob der Diebstahls- oder aber der Unterschlagungstatbestand erfüllt ist, hängt von den an der Uhr bzw. Geldbörse bestehenden Gewahrsamsverhältnissen ab. Haben die Verlierer ihren Gewahrsam bereits eingebüßt, wird der Täter wegen Unterschlagung, § 246, andernfalls wegen Diebstahls bestraft [482].

Die gleichen Konsequenzen ergeben sich, falls der Finder sich selbst zum alleinigen Sachherrn aufschwingt, im Fall der sogenannten Fundunterschlagung.

Fassen wir zusammen:

Im Finderfall (II) ist dem Oberlandesgericht Hamm, das gegen einen Betrug plädiert, beizupflichten, im Finderfall (I) im Ergebnis Otto zuzustimmen [483].

4. Entwendungen trotz Beobachtung durch " Schutzpersonen"

Geschieht die Beobachtung nicht durch den Gewahrsamsinhaber selbst sondern durch Warenhausdetektive, Polizisten etc., so ist danach zu differenzieren, inwieweit der Gewahrsamsinhaber= Vermögensträger diesen "Gewahrsamsschutzpersonen" selbst willentlich "Rumpfgewahrsam" konstituiert hat.

Die nachfolgenden Sachlagen mögen die rechtliche Situation erhellen:

482) Ob daneben noch ein Diebstahl oder Betrug gegenüber dem Finder in Betracht kommt, kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben.

483) Bittners Ansicht, an der Geldbörse bestehe keinerlei Gewahrsam, deshalb könne die Täterin keinen Diebstahl begangen haben, trifft nicht zu. Der generelle Gewahrsam des Geschäftsinhabers blieb erhalten, weil es sich um eine verlorene Sache handelte. Auch genereller Gewahrsam aber kann "gebrochen" werden.

(1) Der Polizeibeamte P sieht auf einem nächtlichen Streifengang, wie der bei der Polizei schon seit langem als Einbrecher verdächtige A in die Villa des Fabrikanten F einsteigt. Um A endlich eines vollendeten Einbruchdiebstahls zu überführen, greift P nicht ein, sondern läßt A, dem er heimlich folgt, die Beute nach Hause schaffen. Bei der aufgrund der Meldung des P durchgeführten Haussuchung wird die Beute nicht mehr vorgefunden.

Das Einverständnis des P vermag die "Wegnahme" im Sinne des § 242 nicht auszuschließen, weil P nicht den F in dessen "Rumpfgewahrsam" an den erbeuteten Sachen "vertrat" [484].

(2) Als in der Fabrik des F Diebstähle vorkommen, stellt F den D als Hausdetektiv an und ermächtigt ihn, alles nach seiner Meinung Zweckmäßige zur Überführung des Täters zu tun.
D läßt den von ihm beim Zugriff beobachteten Kunden K die Sache, die D vorher gekennzeichnet hat, mit nach Hause nehmen, um ihn ganz sicher des vollendeten Diebstahls überführen zu können.

Eine "Wegnahme" scheidet aus, weil ein "Rumpfgewahrsam" des D an den für einen Diebstahl "vorgesehenen" Sachen durchaus in den Rahmen des "Zweckmäßigen" fällt. A, der von dem Einverständnis des D mit der Entwendung keine Ahnung hatte, konnte deshalb nur einen versuchten Diebstahl, §§ 242, 43, begehen.

Fazit:
Sofern der Beobachtende "Vertreter im Rumpfgewahrsam" ist, kann er sein Einverständnis mit einer "Wegnahme" unabhängig davon, ob der Täter von dem Einverständnis Kenntnis hat, erklären.

Damit ist anhand von Beispielen demonstriert, daß sich eine "Verfügungsmacht" verstanden als "Rumpfgewahrsamskonzeption" oder aber als "Vertretung im Rumpfgewahrsam" verifizieren läßt.

---

484) Bezüglich der an dieser Stelle auftretenden Problematik einer Beihilfe durch Unterlassen zum Diebstahl des A ist auf Schönke-Schröder, § 48, Rdn. 13, zu verweisen. Das gleiche rechtliche Problem stellt sich in dem Fall des "agent provocateur".

4. Kapitel:

Schlußergebnisse:

§ 1 für den Sachbetrug

(1) Definition der Vermögensverfügung

Jedes gewahrsamsbezogene willentliche Verhalten des Getäuschten! Das bedeutet

für das Zweierverhältnis:

der Getäuschte muß sich, um betrugswirksam verfügen zu können, bewußt sein, daß die Transaktion eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache berührt.

für das Dreiecksverhältnis:

der Getäuschte muß, um über fremdes Vermögen verfügen zu können, wissen, daß die Transaktion eine im Gewahrsam des Vermögensträgers befindliche Sache betrifft.

(2) Die Stellung des Verfügenden:

Verfügen kann,

im Zweierverhältnis,

wer Vermögensträger, d. h. Gewahrsamsinhaber ist,

im Dreiecksverhältnis,

wer "Vertreter des Vermögensträgers im Rumpfgewahrsam" ist.

(3) Abgrenzung gegenüber anderen Vermögensdelikten

Führt eine Vermögensverfügung dazu, daß der Täter "Rumpfgewahrsam" erhält, liegt gleichzeitig ein "Einverständnis mit der Wegnahme" im Sinne des Diebstahls, § 242, vor.

Konsequenzen:

Zwischen Betrug und Diebstahl besteht ein Exklusivitätsverhältnis. Ein Täter kann sich, sofern nur ein einziges Vermögensobjekt in Frage steht nur alternativ wegen Betrugs oder Diebstahls strafbar machen.
Wer sich als zunächst redlicher "Rumpfgewahrsamsinhaber" -also ohne den Vermögensträger zu täuschen (Zweierverhältnis)- zum Sachherrn aufschwingt, kann sich nicht gemäß § 242 sondern nach § 246 wegen Unterschlagung bzw. Veruntreuung strafbar machen.

(4) "Rumpfgewahrsams"definition:

"Rumpfgewahrsam"hat, wer eine tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit (1. Komponente des Gewahrsamsbegriffs) über eine Sache besitzt.

Der "Rumpfgewahrsam" bemißt sich grundsätzlich nach den sozialen Anschauungen, die eine Zuordnung nach Herrschaftssphären vorsehen.

Im Falle einer Sphärenkonkurrenz gebührt der spezielleren Sphäre der Vorrang (so geht eine Körpersphäre einer Raumsphäre vor).

Ist nach den sozialen Anschauungen keine Korrektur möglich, weil die Sozietät eine Sache nicht oder nicht eindeutig als in eine der Herrschaftssphären gehörig kategorisieren kann, muß auf Faktizitätsgesichtspunkte zurückgegriffen werden. Über den "Rumpfgewahrsam" entscheiden dann die physischen Kräfte, Tricks, Schnelligkeit usw. der beteiligten Personen sowie Gewicht, Form und Größe usw. der betreffenden Sache.

(5) In den Fällen bewußter Gewahrsamsaufgabe [485]
hängt die Betrugs- bzw. Diebstahlsstrafbarkeit von dem im konkreten Fall auf das Opfer ausgeübten Druck ab. Es ist nachgewiesen worden, daß ein jeder Getäuschter, der sich bewußt ist,

485) darunter fallen auch die Beispiele vorgetäuschter Beschlagnahme;

daß durch die Transaktion eigener oder fremder Gewahrsam aufgehoben wird, um betrugswirksam verfügen zu können, die echte Alternative, den Gewahrsam an der betroffenen Sache behalten zu können, sehen muß.

(6) Die "Rumpfgewahrsamskonzeption" bzw. "Vertretung im Rumpfgewahrsam" vermeidet die Inkongruenz der herrschenden Meinung, für eine "Verfügungsmacht" des Getäuschten im Zweierverhältnis auf eine nach den sozialen Anschauungen beurteilte Position (Gewahrsam) abzustellen, im Dreiecksverhältnis hingegen die tatsächliche Nähe des Getäuschten (sog. faktische Einwirkungsmöglichkeit) für maßgeblich zu halten sowie die Inkonsequenz der Mindermeinung (z. B. Otto), die im Zweierverhältnis einen Gewahrsamsübertragungswillen, im Dreiecksverhältnis aber, wenn fremder Gewahrsam aufgehoben wird, lediglich einen bloßen Handlungswillen verlangt. Außerdem wurde mit einem mit dem Wesen der Vermögensdelikte nicht zu vereinbarenden Dogma gebrochen, der unnatürlichen Konstruktion eines "Gewahrsamsbruchs" durch einen -so die herkömmliche Gewahrsamsterminologie- Mitgewahrsamsinhaber. Ein sog. Mitgewahrsamsinhaber kann als "Rumpfgewahrsamsinhaber", allein wegen Unterschlagung bzw. Veruntreuung, § 246, bestraft werden. Den bisher gebräuchlichen Rechtsfiguren untergeordneter, gleichrangiger und höherstufiger Gewahrsam kommt bei Zugrundelegung der "Rumpfgewahrsamskonzeption" bzw. "Vertretung im Rumpfgewahrsam" keinerlei Bedeutung mehr zu. Die herkömmliche Terminologie ist daher als für eine zweckvolle juristische Begriffsbildung überflüssig zu vernachlässigen.

§ 2 für den Forderungsbetrug:

Beim Forderungsbetrug kann die Vermögensverfügung des Getäuschten, da hier kein Vermögensobjekt aus einem fremden Gewahrsam auszugliedern ist, in einem "bloßen Nichtstun" bestehen.

Lebenslauf

Am 19. August 1941 wurde ich, Günter Franz Merkel, als zweiter Sohn des Kaufmannes Oswald Merkel und dessen Ehefrau Irma, geb. Svoboda, in Medelby, Kreis Flensburg, geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Medelby (4 Jahre) und des Alten Gymnasiums in Flensburg (9 Jahre) legte ich am 11. Februar 1961 die Reifeprüfung ab.

Im Anschluß an den Dienst bei der Bundeswehr (Abgang als Fahnenjunker (Res)) studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten in Kiel (SS 1962), Berlin (WS 1962/63), Freiburg (SS 1963 - WS 1963/64) und Göttingen (SS 1964 - WS 1965/66).

Nach dem ersten Staatsexamen am 2. August 1966 absolvierte ich den Vorbereitungsdienst als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig.

Am 3o. Mai 197o bestand ich das zweite Staatsexamen und bin seit dem 1. Oktober 197o in der niedersächsischen Finanzverwaltung tätig.